

L'HYPOTHÈQUE LÉGALE
ET
LA PENSION ALIMENTAIRE
DE LA
FEMME SÉPARÉE DE CORPS OU DIVORCÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue publiquement
dans la salle des Actes de la Faculté de Droit
le lundi 19 juin 1933, à 15 h. 30*

PAR

E. DELASTELLE

Lauréat de la Faculté

JURY D'EXAMEN :

Président : M. GOMBEAUX, professeur

*Suffragants : { M. LEMONNIER, professeur
 { M. PERREAU, professeur*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1933

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

L'HYPOTHÈQUE LÉGALE
ET
LA PENSION ALIMENTAIRE
DE LA
FEMME SÉPARÉE DE CORPS OU DIVORCÉE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Soutenue publiquement
dans la salle des Actes de la Faculté de Droit
le lundi 19 juin 1933, à 15 h. 30*

PAR

E. DELASTELLE

Lauréat de la Faculté

JURY D'EXAMEN :

Président : M. GOMBEAUX, professeur

*Suffragants : { M. LEMONNIER, professeur
 M. PERREAU, professeur*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

—
1933

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1932-1933

Doyen :

M. HENRY NÉZARD (*, I. ☉).

Doyen honoraire :

M. EUSTACHE PILON (*, I. ☉).

Assesseur du Doyen :

M. GOMBEAUX (I. ☉).

Professeurs honoraires :

MM. CABOUAT (O. *, I. ☉).

DEGOIS (I. ☉).

Professeurs :

MM. NÉZARD (*, I. ☉), professeur de Droit administratif, chargé du cours de Législation minière.

GOMBEAUX (I. ☉), professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit international privé.

BRIDREY (I. ☉), professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public.

LEPARGNEUR (I. ☉), professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit maritime et du cours de Notariat et Enregistrement.

NOYELLE (I. ☉), professeur d'Économie politique.

LEMONNIER (A. ☉), professeur de Droit civil, chargé du cours de Législation industrielle.

PERREAU (A. ☉), professeur de Droit criminel, chargé du cours de Droit civil approfondi et comparé.

DEMONTÈS (A. ☉), professeur de Droit civil.

LAMPUÉ, professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel, chargé du cours de Droit administratif.

YVER, professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit privé.

LEDUC, agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique, du cours d'Histoire des Doctrines économiques et du cours de Législation financière.

BESNIER, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain et du cours d'Histoire de la Coutume de Normandie.

M^{lle} JACK, chargée du cours de Procédure civile et du cours de Voies d'exécution.

Secrétaire :

M. ROUX (I. ☉, ☿ ☿), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MA FEMME
ET
A MES PARENTS

A LA MÉMOIRE
DE
MES GRANDS-PARENTS

L'HYPOTHÈQUE LÉGALE ET LA PENSION ALIMENTAIRE DE LA FEMME SÉPARÉE DE CORPS OU DIVORCÉE

INTRODUCTION

« On avait toujours cru jusqu'ici », pouvait-on lire en 1922 dans une revue notariale, « que l'intervention de la femme régulièrement exercée dans tous les actes du mari où, soit une cession d'hypothèque légale, soit un désistement de cette hypothèque sont utiles, suffisait pour donner aux tiers la sécurité. Mais maintenant n'est-il pas à craindre, pour tous les actes passés jusqu'à ce jour, ventes ou obligations, que les femmes, séparées de corps ou qui le deviendront et qui auront obtenu une pension alimentaire, viennent prétendre que leur concours auxdits actes, pour se désister de leur hypothèque légale est sans valeur et qu'elles peuvent évincer l'acquéreur ou être colloquées avant le créancier hypothécaire ? Et pour l'avenir est-ce à dire que les femmes ne pourront plus valablement intervenir dans une vente d'immeubles de communauté ou propres au mari, ni céder ou transporter leur hypothèque légale, parce que ce serait contraire à l'ordre public ? S'il en est ainsi qui voudra à l'avenir céder ou prêter ? » (1) D'où venaient donc ces regrets et ces sombres pensées d'avenir ?

Le Code civil a bien établi, dans l'article 2121, une hypo-

(1) *Circulaire mensuelle du Comité des notaires des départements*, février 1922, n° 328, p. 150.

thèque légale sur les biens du mari pour garantir à la femme le remboursement de ses droits et créances et cette hypothèque, à la fois générale et occulte, serait assurément une gêne considérable pour toutes les opérations immobilières ; mais nous savons qu'en réalité cet inconvénient est écarté facilement par la pratique des renonciations et des subrogations à l'hypothèque légale. Cette faculté pour la femme de délaisser la protection légale, si gênante pour le crédit de son mari, ne lui était refusée que dans un seul cas très spécial : celui où elle était mariée sous le régime dotal ; autrement elle ne faisait l'objet d'aucun doute. En théorie comme en pratique, si on néglige l'exception très étroite due au régime dotal, il semblait donc bien admis : d'une part, que la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme permettait au créancier subrogé de primer cette dernière et d'autre part, que la renonciation à l'hypothèque légale au profit d'un acquéreur mettait de même ce dernier à l'abri de tout recours de la femme à raison de cette hypothèque. Et il paraissait d'autant moins y avoir lieu de discuter ces questions qu'elles forment en quelque sorte une base essentielle à la sécurité des transactions et des prêts. Cela ne serait-il donc pas exact ? Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 12 décembre 1921, était venu brusquement ébranler cette croyance. Une dame Harguindéguy, au cours de son mariage, avait subrogé des créanciers (M. Cormenier et les consorts Barrière) dans le bénéfice de son hypothèque légale. Par la suite était intervenu un jugement de séparation de corps entre les époux Harguindéguy aux torts et griefs du mari. Ce jugement allouait à la femme une pension alimentaire de vingt francs par mois. Enfin, les biens des époux Harguindéguy ayant été saisis, un ordre avait été ouvert pour la distribution du prix. La femme fut colloquée après les créanciers, en raison de la subrogation antérieurement consentie par elle. C'est alors qu'elle contredit le règlement provisoire qui avait été

dressé, prétendant que c'était à tort qu'elle n'avait pas été colloquée avant le sieur Cormenier et les consorts Barrière, créanciers subrogés par elle dans le bénéfice de son hypothèque légale. Ses arguments précisaient que la subrogation, par elle consentie, n'était valable et ne pouvait produire d'effet que pour le montant de ses reprises, mais ne pouvait préjudicier à la pension alimentaire qu'elle avait obtenue, qu'en effet la créance alimentaire de la femme est garantie par l'hypothèque légale remontant au jour du mariage, que la pension alimentaire, étant insaisissable, était par suite incessible et que l'hypothèque légale la garantissant participait à cette incessibilité. Le tribunal civil de Libourne, le 23 novembre 1911, rejeta le contredit. Mme Harguindéguy fit appel de cette décision ; mais la Cour de Bordeaux rendit, le 24 décembre 1912 (1), un arrêt confirmant le jugement de Libourne.

La Cour de cassation n'admit pas ce point de vue et, par son arrêt du 12 décembre 1921 (2), cassa en ces termes l'arrêt de la Cour de Bordeaux. « La Cour — Vu les articles 6 et 212 du Code civil,

Attendu, que toute renonciation au droit éventuel à une pension alimentaire résultant de l'article 212 du Code civil est nulle, comme contraire à l'ordre public, qu'il en est de même de la renonciation totale ou partielle aux garanties légales de ce droit ;

Attendu, en conséquence, que la dame Harguindéguy, créancière de la pension alimentaire que lui avait allouée le jugement prononçant à son profit la séparation de corps, ayant réclamé, lors de la vente des immeubles du mari, sa collocation au rang que lui assignait l'article 2121 du Code civil nonobstant une subrogation au bénéfice de son hypothèque antérieurement consentie aux consorts Bar-

(1) S. 1920.2.92.

(2) D. P. 1922.1.153, note de M. Capitant et S. 1923.1.353, note de M. Audinet.

rière, c'est à tort que l'arrêt attaqué l'a déboutée de sa demande ;

Attendu que l'arrêt attaqué allègue en vain qu'en cédant son rang hypothécaire la dame Harguindéguy n'avait pas aliéné sa créance alimentaire « mais seulement son hypothèque légale, dissociée de cette créance qu'elle conservait le droit de faire valoir contre son mari » ; qu'en effet, la créance alimentaire peut être rendue illusoire par la disparition ou l'inefficacité légale de la sûreté légale qui en garantissait le recouvrement ; que la femme, en renonçant à son hypothèque ou en la rejetant à un rang trop éloigné pour qu'elle puisse produire effet utile, se dépouillerait par voie indirecte de ressources dont la loi n'a pas voulu qu'elle pût disposer directement,

D'où il suit que l'arrêt attaqué a violé les textes de loi ci-dessus visés,

Par ces motifs — Casse. »

C'est cet arrêt qui avait provoqué les premières inquiétudes. Il semble bien en effet poser en principe qu'en tant qu'elle garantit une créance éventuelle de pension alimentaire, pouvant être accordée à une femme à la suite d'un jugement de séparation de corps, l'hypothèque légale de la femme mariée est indisponible. Dans ce sens la femme ne pourrait donc plus consentir de renonciation ou de subrogation à son hypothèque légale. C'est assurément grave et cela choque les habitudes de la pratique. Un jugement de séparation de corps peut toujours intervenir entre époux ; par conséquent toute convention, consentie antérieurement par la femme sur son hypothèque légale, porte désormais en elle un germe de nullité. On comprend l'émoi que cet arrêt de la Cour de cassation avait pu causer.

Jusqu'ici cependant il n'avait été question que de séparation de corps et on s'était pris rapidement à penser que la Cour de cassation avait rendu son arrêt à raison de ce que, le lien du mariage n'étant pas dissous, l'obligation alimen-

taire entre époux séparés subsistait, comme le lien conjugal lui-même, avec son caractère d'ordre public. On en déduisait qu'à l'égard de la femme divorcée la question ne pouvait pas se résoudre d'une façon semblable, puisque le divorce, à la différence de la séparation de corps, rompt le mariage. Quoique très vives, les craintes restaient donc limitées. Elles ne devaient pas tarder cependant à redoubler. Un nouvel arrêt de la Cour de cassation vint bientôt élargir le champ d'application de la doctrine consacrée par le premier.

Des époux Garnier-Munier avaient contracté solidairement une obligation hypothécaire de 7.000 francs au profit de M. James qui avait été subrogé dans l'hypothèque légale de la femme. Puis le divorce fut prononcé entre ces époux. La garde des enfants fut confiée à la femme, à laquelle le tribunal alloua une pension de 125 francs par mois pour leur entretien. Mme Munier fit inscrire son hypothèque légale et, M. Garnier n'ayant pas versé la pension, elle fit saisir et vendre les immeubles qui furent adjugés 8000 francs. Le prix fut employé à désintéresser M. James, créancier inscrit et subrogé dans le bénéfice de l'hypothèque légale de Mme Garnier, débitrice solidaire ; mais la dite dame assigna l'adjudicataire et le créancier, soutenant qu'elle devait être payée par préférence pour la somme de 12.598 fr. 30, montant des arrérages échus de la pension alimentaire allouée pour l'entretien des enfants. Cette prétention qui aboutissait à évincer totalement le créancier subrogé fut admise par le tribunal civil de Beaune et confirmée par la Cour d'appel de Dijon le 18 mars 1926 (1) ; enfin, un pourvoi en Cassation ayant été formé, la Chambre des Requêtes rendit le 3 juillet 1928 l'arrêt suivant (2) :

« La Cour — sur le moyen unique pris de la violation de

(1) D. H. 1926, p. 357.

(2) D. P. 1929.1.9, note de M. Savatier.

l'article 1250 du Code civil, fausse application des articles 203, 212, 301, 2121, 2135 du Code civil,

Attendu que, à la suite d'une procédure de distribution du prix d'immeubles saisis sur Garnier, à la requête de la dame Munier, épouse divorcée de Garnier, pour règlement d'une pension alimentaire qui lui avait été accordée pour l'entretien de ses enfants, la Cour de Dijon a attribué à la dame Munier, et ce, en vertu de son hypothèque légale, la totalité du prix de l'adjudication en acompte sur le montant de sa créance ;

Attendu que le pourvoi fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué, nonobstant une subrogation au bénéfice de son hypothèque légale consentie par elle à l'un des créanciers hypothécaires, alors d'une part, que la pension alimentaire accordée, non à la dame Munier, mais à ses enfants, ne pouvait être garantie par l'hypothèque légale de la femme mariée, et alors, d'autre part, que cette hypothèque légale ne pouvait remonter qu'au jour du divorce ;

Mais attendu, sur la première branche du moyen, que la Cour d'appel constate que la dame Munier est elle-même créancière de son mari pour le montant de la pension litigieuse, d'où il suit que cette branche du moyen manque en fait ;

Attendu, sur la seconde branche, que la créance de la femme divorcée, pour la pension alimentaire à elle accordée pour l'entretien de ses enfants nés de son mariage, en vertu de l'article 203 et de l'article 301 du Code civil, a son origine dans le fait du mariage, et grève les biens de celui qui la doit ; — Qu'elle est garantie par l'hypothèque légale de l'article 2121 du Code civil ;

D'où il suit qu'en déniant tout effet à la subrogation consentie et en décidant que cette hypothèque légale ne pouvait avoir d'autre date que celle de la célébration du mariage, l'arrêt attaqué, loin de violer les textes visés au

moyen, en a fait au contraire une exacte application, — Par ces motifs,

Rejette... »

Enfin quelques jours plus tard, sur une affaire semblable, la Chambre des Requêtes rendit encore, le 26 juillet 1928, un arrêt identique (1).

Cette fois la question s'était considérablement élargie et prenait une importance exceptionnelle. La femme divorcée, comme la femme séparée de corps, pouvait contester les subrogations qu'elle avait consenties antérieurement sur son hypothèque légale, en tant qu'elle devenait créancière, en vertu du jugement, d'une pension alimentaire. La situation se compliquait encore du fait que, dans les derniers arrêts de la Chambre des Requêtes, il ne s'agissait même pas d'une créance personnelle de la femme, mais d'une créance de pension pour l'entretien des enfants. Autant dire qu'aucune subrogation consentie par une femme mariée ne pouvait désormais être assurée de produire ses effets. De plus, bien que la Cour de cassation n'ait pas encore statué sur la renonciation à l'hypothèque légale, ne devait-on pas penser que la même solution devait lui être appliquée? Or ces opérations juridiques ont lieu à chaque instant; elles sont indispensables pour assurer la sécurité des tiers. Que faire devant ce problème? On a répondu « il n'y aura plus alors qu'à fermer les études » (2). C'est dire à quel point le notariat s'est ému des arrêts que nous venons de rapporter.

En présence d'une telle situation, il semble qu'une mise au point soit indispensable. Sans doute les décisions de la Cour de cassation jettent le trouble dans nos habitudes et les conséquences qu'elles sont susceptibles d'entraîner apparaissent vraiment graves. Mais cela ne doit pas nous empêcher de considérer ces solutions avec calme. Il faut les étu-

(1) D. P. 1929 I. 9. note de M. Savatier.

(2) Note de la Conférence des notaires de la Grande Banlieue, *Journal des Notaires et des Avocats*, 1922, art. 33047, p. 132.

dier sans prévention. On doit se méfier des jugements trop rapides dans les problèmes juridiques, même quand on croit trouver l'évidence. Souvent des recherches approfondies renversent l'opinion qu'on s'était faite dès l'abord. A ce point de vue il semble que le notariat ait fait une étude trop superficielle, qu'il se soit surtout préoccupé des conséquences pratiques qu'il apercevait pour conclure sur des éléments de décision insuffisants. Le fait d'avoir « toujours cru » à une chose n'est pas un argument assez fort en faveur de la vérité ; dans toutes les sciences il est arrivé que des croyances millénaires aient été un jour reconnues fausses ; et le fait de « fermer les études » n'est peut-être pas non plus le seul remède à envisager.

Le problème de l'hypothèque légale de la femme mariée et de la créance de pension alimentaire n'est pas simple. Il est, au contraire, très complexe et on a tort de prendre en elles-mêmes les décisions récentes de la Cour de cassation pour les critiquer. Ne peuvent-elles pas et même ne doivent-elles pas être rattachées à des décisions antérieures et à des idées doctrinales qui ont pu les préparer de longue main ? En d'autres termes, au lieu de les considérer isolément comme un renversement subit de toutes les idées antérieures, ne doit-on pas se demander si elles ne seraient pas sinon le terme, du moins l'une de ces étapes plus marquantes qu'on rencontre de place en place dans une évolution qu'on ne soupçonnait pas ? D'autre part, l'hypothèque n'est que l'accessoire de la créance qu'elle garantit et c'est un principe certain que l'accessoire suit le principal. Par conséquent, s'il arrive dans certains cas que cette hypothèque présente quelques particularités inattendues, ne doit-on pas, avant de juger celles-ci comme des anomalies, faire porter l'enquête sur la créance elle-même ? Peut-être celle-ci porte également en elle des caractères dont la précision a été plus ou moins longue à s'effectuer et qui maintenant réagissent avec toutes leurs conséquences sur l'hypothèque.

La garantie et la créancé ! Tels sont donc, si nous voulons faire une critique sérieuse, les deux points, aussi importants l'un que l'autre, que nous devons étudier en cherchant à dégager pour chacun les diverses raisons qui le font réagir obligatoirement sur l'autre. Cela assurément suppose des recherches assez longues ; mais nous sommes persuadé que c'est là le seul moyen rationnel qui permette vraiment de porter un jugement sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Le problème doit être traité dans son ensemble ; il faut reprendre tous ses éléments et suivre l'évolution des théories que ceux-ci ont pu faire naître, afin de découvrir des principes directeurs. C'est de cette façon que nous pourrions voir ce que valent juridiquement les décisions actuelles et ce qu'il faut attendre de l'avenir. Ces recherches nous auront fourni, avec le sens exact dans lequel nous devons prendre ces mêmes décisions, la possibilité de délimiter avec méthode les conséquences pratiques qu'elles entraînent. Ainsi nous serons peut-être à même de porter une saine appréciation sur l'ensemble. Dans ce but nous diviserons donc notre étude sur l'hypothèque légale et la pension alimentaire de la femme séparée de corps ou divorcée en cinq chapitres, intitulés :

Existence de l'hypothèque légale ;

Rang de l'hypothèque légale ;

Conventions relatives à l'hypothèque légale ;

Essai de systématisation des différentes pensions alimentaires servies à la femme en cas de séparation de corps ou de divorce ;

Conséquences pratiques, appréciations, remèdes actuels ;

Après cet exposé complet, nous appuyant cette fois sur des bases solides, il nous sera permis enfin de conclure et de définir l'attitude qu'il convient d'adopter.

CHAPITRE PREMIER

Existence de l'hypothèque légale.

L'hypothèque légale garantit-elle ou ne garantit-elle pas la créance de pension alimentaire accordée à la femme à la suite d'un jugement de séparation de corps ou de divorce ? C'est là assurément une question primordiale au seuil de notre étude et d'où dépendent toutes les autres.

Or si ce point est résolu depuis longtemps par la jurisprudence, on ne peut dire cependant que la solution affirmative soit unanimement acceptée. Des auteurs soutiennent encore que les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu faire bénéficier cette créance de la garantie de l'hypothèque légale. Si leur thèse devait prévaloir, il est certain que notre travail serait du même coup terminé. Il est donc aisé de penser que nous n'acceptons pas leurs conclusions. Toutefois, ce problème étant la base même des recherches que nous entreprenons, il est indispensable de l'exposer d'une façon assez large. Cela nous procurera d'ailleurs l'occasion de rencontrer, dans les arguments en présence, des idées capitales qui nous seront de précieuses directives dans les chapitres qui vont suivre.

C'est seulement dans la seconde moitié du ^{xix}^e siècle que la question se posa devant les tribunaux et les Cours d'appel de Grenoble, Lyon et Caen, qui furent appelées les premières à statuer, furent nettement hostiles (1). En Bel-

(1) Grenoble, 6 février 1868, S. 1868.2.138. — Lyon, 16 juillet 1881, S. 1882.2.237. — Caen, 21 août 1883, S. 1884.2.30. — Rouen, 1^{er} février 1888, *Revue du Notariat*, art. 7909.

gique, la Cour de Liège repoussait également l'hypothèque légale (1). Si l'on excepte un arrêt contraire de la Cour de Nancy (2) et les décisions partagées des tribunaux de première instance (3), on peut dire que partout il est d'abord apparu que la créance de pension alimentaire au profit de la femme ne bénéficiait pas de la garantie légale hypothécaire. Puis des doutes devaient surgir. La Cour de Dijon rendait bientôt deux arrêts favorables à la thèse opposée (4) ; malgré un retour offensif de Besançon (5), Douai acceptait l'idée nouvelle (6) et enfin la Chambre civile de la Cour de cassation, pour la première fois appelée à statuer, par un arrêt du 25 juin 1895 (7) fixait définitivement la jurisprudence dans le sens de l'affirmative. Depuis cette date elle est restée invariable et les Cours d'appel se sont inclinées (8).

En cette épineuse matière, la doctrine n'avait pas été moins embarrassée ; les premiers auteurs qui étudièrent le problème le résolurent par la négative, mais sans arguments bien probants (9) et bientôt les opinions se partagèrent (10). En réalité la doctrine cherchait sa voie ; on vit même des

(1) Liège, 29 mars 1862, *Pasicrisie* 1862.2.203.

(2) Nancy, 3 juin 1882, *S.* 1882.2.248.

(3) Trib. civ. d'Evreux, 21 mai 1886, sous Rouen, 1^{er} février 1888, *Revue du Notariat*, art. 7909. — Trib. civ. de la Seine, 28 nov. 1891. — *Contra* : Trib. civ. de Mâcon, 19 janvier 1887, *Revue du Notariat*, art. 7772.

(4) Dijon, 16 juin 1893 et 4 juin 1894, *S.* 1895.2.24.

(5) Besançon, 21 déc. 1894, *D. P.* 1895.2.230.

(6) Douai, 16 mai 1895, *D. P.* 1898.2.105.

(7) Cass. civ., 25 juin 1895, *D. P.* 1897.1.553.

(8) Nancy, 15 avril 1899, *D. P.* 1900.2.163. — Cass. Req., 15 déc. 1909, *D. P.* 1911.1.25. — Bordeaux, 24 déc. 1912, *D. P.* 1913.2.150 et *S.* 1920.2.90. — Cass. civ., 12 déc. 1921, *D. P.* 1922.1.154 et *S.* 1923.1.353.

(9) Troplong, *Privilèges et Hypothèques*, t. 2, n° 418 bis.

(10) Voir dans le sens de la négative : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e édit., t. 3, p. 217, § 264 ter, note 6. — Thézard : *Nantissement, Privilèges et Hypothèques*, n° 90. — Albert André : *Traité pratique du régime hypothécaire*, n° 632-80. — Wahl, note sous Dijon 16 juin 1893 et 4 juin 1894, *S.* 1895.2.25. — César-Bru, note sous Douai 16 mai 1895, *D. P.* 1898.2.105.

Voir dans le sens de l'affirmative : Colmet de Santerre, t. IX, n° 105 bis, 14°. — Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 30, nos 333 et 346. — de Loynes, note sous Dijon, 16 juin 1893, *D. P.* 1894.2.25. — Michel, note sous Cass. Civ., 25 juin 1895, *D. P.* 1897.1.553. — Baudry-Lacantinerie, *Précis*

auteurs émettre dans une édition une opinion contraire à celle qu'ils avaient émise dans l'édition précédente (1). Peu à peu cependant, la thèse favorable à l'existence de l'hypothèque légale fit des progrès et, malgré une violente résistance (2), lorsque la jurisprudence se fut stabilisée, la doctrine, dans son ensemble, la suivit, pour la défendre sans cesse par la suite (3).

Si cette question a été si difficile à résoudre, c'est qu'elle ne pouvait être traitée toute seule. Elle se rattachait à une autre beaucoup plus large dont il était impossible de la séparer. Parce qu'on n'a pas voulu considérer de front l'ensemble du problème et le résoudre méthodiquement, il en est résulté toute une suite d'hésitations, de retours, de confusions, d'erreurs même. Il est vrai que c'est ainsi que progresse le Droit. Il lui faut d'abord s'arrêter sur les détails, principalement ceux de la vie pratique, avant d'arriver à une idée centrale; celle-ci est ensuite travaillée, mise au point et il en découle, avec logique alors, les conséquences qui tranchent les difficultés du début.

Le Code civil, dans son article 2121, a accordé une hypothèque légale à la femme mariée pour « ses droits et créances » contre son mari. Que vise exactement cette formule ? Il est évident qu'à raison de son ampleur, cette question doit être résolue avant qu'on puisse répondre à celle plus spéciale de savoir si l'hypothèque légale garantit la créance de pension alimentaire. Aussi diviserons-nous nos recherches en ces deux sections :

de Droit civil, t. 3, n° 1227. — Vigier, *Cours de droit civil*, t. 3, n° 1341. — Wable, *Revue du Notariat*, t. 35, p. 81, n° 7081. — Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit., t. 3, § 264 *ter*, p. 370, 371, 372, note 8 *bis*. — Becqué, *L'hypothèque légale*, p. 449. — Gaudemet, note au S. 1912.1.313, *Rev. trim.*, 1910, p. 155 et 1922, p. 395.

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, 4^e et 5^e édit.

(2) César-Bru et Wahl, *notes citées*.

(3) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e édit., t. 2, p. 904. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e édit., t. 2, n° 2821. Planiol, Ripert et Becqué, *Les sûretés réelles*, n° 447.

1^o L'hypothèque légale garantit-elle toutes les créances résultant du fait du mariage ?

2^o La créance de pension alimentaire a-t-elle sa source dans le fait du mariage ?

Si la réponse est affirmative sur les deux points, nous aurons démontré que l'hypothèque légale garantit la créance de pension alimentaire.

SECTION PREMIÈRE.

L'hypothèque légale garantit-elle toutes les créances résultant du fait du mariage ?

Le Code civil classe les hypothèques en hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles. A chacune de ces trois catégories il consacre une section pour déterminer les cas dans lesquels elles existent. Et sous la rubrique « Des hypothèques légales » (1) l'article 2121 est ainsi conçu : « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont : ceux des femmes mariées sur les biens de leur mari ». C'est bref et c'est cependant le seul texte qui soit relatif à la matière.

Immédiatement se pose cette question : dans ces « droits et créances » qu'indique ainsi l'article 2121, y a-t-il ou n'y a-t-il pas une discrimination à faire ? On peut être partisan de telle ou telle solution ; mais devant un laconisme semblable, comme le disait M. Léon Michel (2) « l'hésitation du moins s'explique ».

Une première théorie est exposée d'une façon très nette dans un arrêt de la Cour de Besançon (3). Seuls « les droits exceptionnels conférés au mari sur le patrimoine de la femme sont la cause de la garantie exceptionnelle accor-

(1) Code civil, livre 2, titre 18, chapitre 3, section 1^{re}.

(2) Note sous Cass., 25 juin 1895, D. P. 1897.1.553.

(3) Besançon, 21 déc. 1894, D. P. 1895.2.230.

dée à la femme sur les biens du mari, d'où il suit que les créances qui ont un objet autre que le patrimoine de la femme ne sont pas garanties par l'hypothèque légale qui n'a plus sa raison d'être... » Un critérium serait donc posé : l'hypothèque légale ne garantit que les créances ayant en vue le patrimoine de la femme ; c'est-à-dire ayant pour objet sa gestion, sa conservation et sa restitution. D'ailleurs tout concourt, dit-on, à restreindre ainsi cette hypothèque légale. Et voici sur quels arguments s'appuient les partisans de cette théorie.

Tout d'abord, disent-ils, la raison même, pour laquelle l'hypothèque légale a été créée est l'état de dépendance de la femme à l'égard de son mari. Pendant le mariage, le mari gère d'ordinaire la fortune de sa femme. S'il administre mal, celle-ci en subira les conséquences sans avoir agi. C'est un péril. Aussi pour la garantir contre les fautes d'une gestion à laquelle elle ne peut participer, le législateur accorde-t-il à la femme l'hypothèque légale. C'est donc là une garantie bien spéciale, par suite exceptionnelle et dont les effets doivent cesser avec la cause. Les créances ayant une source autre que cette gestion du patrimoine, ne peuvent être garanties par l'hypothèque légale, parce qu'on ne peut alors invoquer la subordination de la femme à l'égard de son mari.

D'autre part, pour interpréter l'article 2121, il est précieux d'en rapprocher l'article 2135, qui en « détermine en même temps le sens et la portée ». Or ce texte, qui vise principalement le rang de l'hypothèque légale, cite trois catégories de créances et celles-ci sont « uniformément relatives à la conservation et à la restitution du patrimoine de la femme, dont le mari a pu avoir la jouissance, l'administration et même la disposition » (1). Si ce rapprochement de textes n'est pas à proprement parler un argument, il constitue tout au moins une indication sérieuse.

(1) Besançon, 21 déc. 1894, D. P. 1895.2.230.

Certains auteurs même, bien que reprochant à leurs adversaires de faire une interprétation « judaïque » de la généralité des termes de l'article 2121, font, à leur tour, une analyse littérale de l'article 2135 et observent, à l'appui de leur thèse restrictive, que les créances énumérées par ce dernier texte sont celles dérivant du contrat de mariage « et non pas celles qui ont leur source, directe ou indirecte, dans le mariage lui-même » (1).

En outre la tradition historique n'est-elle pas favorable à cette restriction de l'hypothèque légale ? En droit romain, celle-ci garantissait exclusivement, soit les créances que la femme avait contre son mari pour restitution de sa dot (2), soit les créances paraphernales touchées par le mari (3). C'étaient là, en somme, dans une législation où le régime dotal était obligatoire, toutes les créances qu'une administration malhabile du mari pouvait compromettre. Dans l'Ancien Droit, les auteurs et la jurisprudence étaient également d'accord pour déclarer que la protection des droits assurés à la femme par ses conventions matrimoniales était le but de l'hypothèque légale (4). Et les rédacteurs du Code n'ont pas songé à modifier la tradition ; les travaux préparatoires l'indiquent. Le fondement de l'hypothèque est l'administration du mari et Garnier dit dans son rapport au Tribunat : « Il n'y aura pas d'hypothèque avant qu'il y ait une administration maritale » (5).

Enfin, dit-on, à cause du rang privilégié dont jouit cette

(1) Note précitée de M. Wahl. — Dans le même sens : Liège, 29 mars 1862. Pasieris 1862.2.203.

(2) L. 30, Code, de jure dot., livre 5, titre 12 ; L. 1, § 1^{er}, Code, de rei ux, act., livre 5, titre 13.

(3) L. 11, Code, de pact. conv., livre 5, titre 14.

(4) Rousseaud de Lacombe, *Recueil de Jurisp. civ.*, 4^e édit. 1769, v^o Hyp., sect. 3, n^{os} 1 et 4 et sect. 5, n^o 1. — Ferrière, *Dict. de D^{rt} et de pratique*, 4^e édit. 1758, t. 1^{er}, p. 635. — Pothier, *De l'hyp.*, n^o 26, édit. Bugnet, t. 9, p. 431.

(5) Loqué : *Législ. civ.*, t. 16, p. 229. — Voir également : Fenet, *Trav. prép.* du C. civ., t. 15, p. 401.

hypothèque, et que nous étudierons dans le chapitre suivant, « l'intérêt général s'oppose à l'extension indéfinie d'une garantie qui doit justement être limitée pour ne pas léser les tiers de bonne foi » (1). Les tiers peuvent savoir, en consultant l'acte de mariage des époux, s'il a été fait un contrat de mariage. Ils peuvent dès lors connaître l'étendue du patrimoine de la femme, l'importance de son hypothèque légale et mesurer le crédit qui reste au mari. Mais à quoi leur servirait-il de prendre ces renseignements si, à cette hypothèque, si dangereuse pour eux, il pouvait y avoir d'autres sources qu'ils ne connaîtraient pas ? Ils traiteront toujours dans l'incertitude. Cela évidemment n'est pas admissible.

Ainsi, une saine interprétation des textes et le bon sens même limiteraient le champ d'application de l'hypothèque légale aux créances que la femme a contre son mari à raison des *fonctions* de ce dernier.

Telle est la première théorie, celle qui a été si longtemps en faveur. On doit reconnaître que ses arguments ne manquent apparemment ni de force ni de logique. Peu à peu ils devaient cependant céder le pas à ceux d'une deuxième théorie nette, vigoureuse et aujourd'hui, peut-on dire, unanimement admise.

Pour celle-ci il n'y a aucune distinction à faire ; peu importe la source des droits et des créances de la femme (contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit ou loi) ; l'hypothèque légale les garantit tous sans exception. Les arguments de la première théorie sont spécieux et ne résistent pas à la critique.

Il est d'abord manifestement inexact de prétendre que l'hypothèque légale n'est accordée à la femme qu'à cause de son état de dépendance juridique à l'égard du mari qui gère son patrimoine sans contrôle. Et la preuve, c'est que

(1) Besançon, 21 déc. 1894, *cit.*

l'hypothèque légale existe toujours au profit de la femme mariée, alors qu'il est des régimes matrimoniaux, notamment celui de la séparation de biens, où le mari n'administre pas la fortune de sa femme. Assurément il y a une idée de dépendance de la femme pour justifier l'hypothèque ; mais cette dépendance, il faut l'entendre d'une façon beaucoup plus large. Il faut la concevoir dans l'état même de mariage, où la femme, plus faible, est dans une dépendance générale et, en tout cas, morale. A la base de l'incapacité juridique de la femme mariée il y a, à côté de la notion de puissance maritale, une volonté de protection motivée par la faiblesse naturelle de la femme. Eh bien ! c'est cette même idée de protection qui se retrouve ici, pour expliquer l'existence de l'hypothèque légale. Elle est autrement plus étendue que celle à laquelle on voulait s'arrêter et il est certain alors que l'hypothèque, envisagée au point de vue de cette raison profonde et générale, doit, elle aussi, être générale. La femme est dans l'impossibilité morale de demander des sûretés ; son hypothèque légale doit donc la protéger dans tous les cas où elle a un droit ou une créance contre son mari.

Si la tradition historique n'a pas toujours suivi, il est vrai, cette conception large, peut-on vraiment en tirer un argument sérieux ? La plus grande confusion a régné en cette matière et les documents sont absolument incertains. Les travaux préparatoires du Code civil ne répandent pas assez de lumière pour qu'il soit possible de discerner avec certitude la véritable intention du législateur qui se cache sous les phrases. Enfin l'histoire ne doit être un secours que devant un texte obscur. Même si la tradition était opposée, serait-ce une raison pour faire dire au Code le contraire de ce qu'il dit clairement ? Dans trois sections, le Code énonce successivement les sources des hypothèques légales, judiciaires, conventionnelles. Dans la première il dit notamment dans l'article 2121 : « Les droits et créances, auxquels

L'hypothèque légale est attribuée, sont : ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari... » Pourquoi avoir voulu distinguer ? Les termes de la loi sont aussi clairs que généraux. Après leur lecture, un esprit non prévenu doit évidemment répondre : ce texte vise tous les droits et créances de la femme contre son mari... sans exception aucune. Autrement dit, il vise toutes les créances qu'une femme mariée peut avoir contre son mari, pris en cette *qualité* de mari et non seulement à raison de sa *fonction* de mari. Toutes ces créances doivent être prises en même considération. Aucune différence à faire, par exemple, entre celles résultant du contrat de mariage et celles résultant du mariage, « attendu », dit la Cour de Nancy (1), « que cet article [2121] s'exprime dans les termes les plus généraux ; qu'il ne distingue pas entre les droits ou créances qui appartiennent à la femme contre son mari en vertu du contrat passé devant le notaire et les droits et créances qu'elle peut avoir contre lui en vertu du contrat passé devant l'officier de l'état civil ; qu'on n'aperçoit pas d'ailleurs pour quels motifs les uns seraient protégés plus efficacement que les autres ». Et de même aucune différence à faire sur tout autre point. Le fait générateur de l'hypothèque légale, c'est le mariage lui même.

C'est une erreur aussi de vouloir s'appuyer sur l'article 2135. D'une part, si cet article énumère seulement la dot, les reprises et les conventions matrimoniales comme donnant ouverture à l'hypothèque légale, ce n'est qu'à titre d'indication. Les partisans mêmes de la première théorie reconnaissent que ce texte n'est qu'énonciatif et nullement limitatif (2). Par conséquent, même s'il devait y avoir rapprochement de textes, il ne serait pas concluant. D'autre part et surtout ce rapprochement est impossible. Cette partie du Code est parfaitement ordonnée. Le législateur a

(1) Nancy, 3 juin 1882, S. 1882.2.248.

(2) César-Bru, Wahl, *notes citées*.

d'abord indiqué les sources des hypothèques légales et là est écrit l'article 2121, puis il a traité du rang des hypothèques entre elles et ici se place l'article 2135; ainsi ces deux textes traitent deux questions nettement séparées. L'article 2135 a uniquement « pour but de fixer le rang de l'hypothèque légale et non pas de déterminer la nature des créances garanties » (1) ; il ne peut être d'aucun secours ici.

Il faut donc s'en tenir uniquement à cet article 2121. Ce fut l'argument de la Cour de cassation lorsqu'elle statua pour la première fois sur cette question. Cet article doit seul être invoqué ; or il est conçu dans les termes les plus généraux, par conséquent : « l'hypothèque légale conférée à la femme sur les biens de son mari, pour sûreté de ses droits et créances, les garantit tous sans exception » (2). Et ce sera toujours l'argument fondamental de toutes les décisions postérieures des cours et tribunaux.

Les tiers sont, il est vrai, exposés à subir les conséquences d'un événement futur qu'ils ne pouvaient prévoir ; mais c'est là le danger du principe même de l'hypothèque légale et nous n'avons pas encore à le juger.

Dans cette théorie, consacrée par la jurisprudence d'une façon inébranlable, ce qu'il faut considérer ce n'est donc pas la nature de la créance, mais la qualité du créancier et celle du débiteur. L'hypothèque légale prend sa source *dans le fait même du mariage* ; elle recouvre ensuite toute la vie conjugale. Comme le disait déjà la Cour de Dijon (3), « l'article 2121 du Code civil, en attribuant la garantie de l'hypothèque légale aux droits et créances des femmes mariées, a entendu en assurer le bénéfice à toutes les créances de la femme contre le mari, pourvu qu'elles soient nées au profit de la femme à raison de sa condition de femme mariée et qu'elles aient leur cause génératrice dans

(1) Douai, 16 mai 1895, D. P. 1898.2.105.

(2) Cass. Civ., 25 juin 1895, D. P. 1897.1.553.

(3) Dijon, 16 juin 1893, S. 1895.2.25.

cette qualité même de femme mariée ». Peu importe dès lors la cause immédiate de ces créances, si leur origine véritable est le fait du mariage. La loi ne pose qu'une seule question : la créance est-elle une créance naissant au profit d'une femme mariée contre son mari ? — Si la réponse est affirmative, l'hypothèque existera. Voilà un premier point définitivement acquis.

SECTION DEUXIÈME

La créance de pension alimentaire a-t-elle sa source dans le fait du mariage ?

Rappelons tout d'abord qu'une pension alimentaire peut être accordée à la femme dans des circonstances diverses : par exemple à la suite d'un jugement de séparation de corps, d'un jugement de divorce et, soit dans son intérêt personnel, soit dans celui des enfants dont elle a la garde. On pourrait donc viser successivement chaque cas particulier. Mais nous avons écarté ce procédé. Nous raisonnerons en restant sur le thème général : la pension alimentaire dont peut être titulaire une femme contre son mari ou son ex mari. Ainsi, quand nous parlerons spécialement de pension établie par un jugement de séparation de corps ou de pension octroyée par un jugement de divorce, ce ne sera qu'à titre d'indication, d'exemple dans une démonstration d'ensemble. La suite de notre étude démontrera d'ailleurs que nous avons raison de ne pas faire de distinction en ce moment.

Cette remarque préliminaire étant faite et étant donné le principe général que nous venons de poser dans la section précédente, si nous établissons maintenant que la créance de pension alimentaire est une créance de femme mariée contre son mari, que son fondement juridique est le fait du mariage, nous aurons, par voie de conséquence, démon-

tré que cette créance est garantie par l'hypothèque légale. Ainsi le problème se resserre et, naturellement, ceux qui ne veulent pas accorder le bénéfice de l'hypothèque légale à la créance de pension alimentaire, vont se défendre énergiquement dans ce combat décisif. Ils vont chercher à prouver que cette créance est absolument étrangère au fait du mariage.

Quelquefois l'argument est catégorique : la créance de pension alimentaire, dit-on, est créée et fixée par le jugement de séparation de corps ou de divorce. C'est à cet instant qu'elle prend naissance (1). Et en effet, pendant la vie commune, cette créance n'apparaît pas. D'après l'article 212 du Code civil, « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance » ; mais cette obligation de secours et assistance s'acquitte, au cours de la cohabitation, par des prestations en nature, le mari devant fournir à sa femme, d'après l'article 214, « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie ». D'autre part, cette même obligation est absolument indéterminée car le mari s'en acquitte « selon ses facultés et son état », dit encore l'article 214, c'est-à-dire pratiquement dans une mesure laissée à sa libre appréciation. Or, que la vie commune cesse et tout cela sera changé. Pourtant, comme le fait spirituellement remarquer la Cour de Caen (2), « la séparation de corps n'est pas un événement entrant dans les prévisions des époux qui contractent mariage, elle n'intervient au contraire que comme un accident fâcheux ». L'obligation alimentaire, qui va apparaître, va s'exécuter en argent et être nettement déterminée, c'est-à-dire qu'elle va présenter des caractères absolument opposés à ceux de l'obligation qui s'exécutait pendant la vie en commun. Il n'y a donc aucun rapprochement possible à faire entre ces deux créances qui peuvent exister au profit de la femme. La deuxième n'est

(1) Wahl, *note citée*.

(2) Caen, 21 août 1883, S. 1884.2.30.

nullement la continuation de la première ; elle est créée par le jugement, constitutif d'un droit nouveau.

Mais, plus souvent, pour tendre au même résultat on emploie une méthode diamétralement opposée. On reconnaît alors que le jugement, accordant la pension, est un jugement déclaratif d'un droit qui existait déjà pendant la vie commune ; seulement on s'attaque à la nature de la pension alimentaire elle-même en remarquant qu'elle peut être accordée au mari aussi bien qu'à la femme. C'est une obligation qui découle des devoirs réciproques des époux. Lorsque la femme est créancière, elle ne bénéficie pas d'un droit prévu spécialement pour elle et ayant sa source dans son état de dépendance, dans son état de femme mariée. Elle bénéficie d'un droit de *conjoint*, dont le mari peut également être titulaire dans les mêmes conditions. Par conséquent, cette obligation réciproque doit présenter les mêmes caractères lorsqu'elle existe au profit de l'un ou de l'autre. Et notamment « s'il y a réciprocité dans l'obligation il devrait y avoir réciprocité dans les garanties ; cependant le mari n'aura jamais d'hypothèque légale, il aura seulement une hypothèque judiciaire. Pourquoi sur ce point spécial, la femme serait-elle mieux traitée que lui ? » (1). Par conséquent, dit-on, de quelque façon qu'on traite le problème, on arrive à cette conclusion que la créance de pension alimentaire n'a pas sa source dans le mariage ou, tout au moins, n'est pas une créance *caractérisée* de femme mariée contre son mari.

Ces arguments sont faciles à réfuter. Il est absolument impossible de soutenir que la créance de pension alimentaire est créée par le jugement qui la fait apparaître. Ce jugement est, non pas constitutif d'un droit nouveau, mais bien déclaratif. La créance dont la femme va bénéficier était entrée dans son patrimoine dès l'instant du mariage.

(1) César-Bru, *note citée*. — Caen, 21 août 1883, et Besançon 21 déc. 1894, *cit.*

C'est cette obligation de « secours et assistance », contractée devant l'officier de l'état civil, qui se continue et que le jugement vient rappeler. La Cour de cassation a affirmé énergiquement ce principe en disant : « C'est en effet, au moment du mariage qu'a pris naissance l'obligation alimentaire contractée par le mari à l'égard de sa femme, obligation que le jugement de séparation de corps est venu simplement sanctionner (1) ». Sans doute, après la vie commune, l'obligation s'acquitte en argent et dans une proportion fixée par le tribunal, alors qu'auparavant elle s'acquitte en nature et dans une proportion indéterminée. On devrait même remarquer plus exactement que, pendant le mariage, elle a un rôle assez effacé, parce que, pratiquement, les règles des divers régimes matrimoniaux suppriment toute difficulté à cet égard. Mais, en quoi cela peut-il changer sa nature ? Les conditions ne sont plus les mêmes ; ce qui pouvait se faire auparavant ne peut plus exister parce qu'il n'y a plus de cohabitation ; on indique donc des moyens nouveaux, appropriés aux circonstances nouvelles, pour permettre au mari de fournir encore à sa femme « tout ce qui est nécessaire à sa vie, selon ses facultés et son état ». Cela ne touche en rien à la nature elle-même de l'obligation et la source de celle-ci reste identique. Une seule chose change c'est le mode d'exécution ; mais la pension alimentaire n'est que « la représentation des aliments que les époux sont tenus de se fournir l'un à l'autre pendant le mariage » (2) en vertu des articles 212 et 214 du Code civil.

Et que peut valoir maintenant l'argument de réciprocité ? La femme ne pourrait bénéficier de son hypothèque légale pour sa pension alimentaire parce que cette pension peut aussi bien être octroyée au mari et que celui-ci, dans ce cas, n'a pas d'hypothèque légale. Mais, lorsqu'on raisonne par analogie, il faut se placer dans des conditions impliquant

(1) Cass. Civ., 25 juin 1895, *cit.*

(2) Douai, 16 mai 1895, *cit.*

une analogie et c'est ce qu'on a oublié en cette matière. Lorsque le mari survivant se prévaut d'une libéralité, faite par contrat de mariage, il ne profite pas d'une hypothèque légale ; lorsqu'au contraire c'est la femme qui se prévaut d'une telle libéralité, elle en bénéficie. Voilà bien un exemple semblable, que personne n'a jamais contesté, de réciprocité dans la créance et de non réciprocité dans la garantie. Il n'est pourtant pas difficile de trouver la raison de cette différence de traitement, elle est toute simple ; c'est que dans ce cas, comme dans tout autre, l'hypothèque légale n'existe jamais au profit du mari. C'est une institution spéciale à la femme, un véritable contre poids à son état de subordination pendant la vie conjugale. On ne peut songer à tirer argument du fait que, bénéficiaire d'une créance semblable le mari ne profite pas de la même garantie puisque, à aucun moment et dans aucun cas, le mari n'a d'hypothèque légale.

Et au surplus, maintenant que ce raisonnement de fausse analogie est écarté, retenons, mais alors précieusement, le principe d'où on est parti : La pension alimentaire découle des devoirs réciproques des époux. Cette créance est donc une créance de femme mariée contre son mari ! Nous enregistrons cette déclaration et il n'était pas besoin dès lors de discuter si longuement. N'avons-nous pas terminé notre section précédente en disant que pour savoir si une créance était garantie par l'hypothèque légale une seule question était à poser : Est-ce une créance de femme mariée contre son mari ? Désormais la réponse est faite, Nous venons de prouver que la créance de pension alimentaire n'a pas sa source dans le jugement mais dans le fait du mariage lui-même ; nous venons de montrer que des adversaires de l'hypothèque légale, dans un but opposé, mais peu importe, reconnaissent eux-mêmes que cette créance est une créance d'époux à époux.

Par conséquent la conclusion en découle nette et irréfra-

gable : La créance de pension alimentaire ayant sa source dans le fait du mariage, et l'hypothèque légale garantissant toutes les créances, quelles qu'elles soient, ayant leur source dans le fait du mariage, l'hypothèque légale garantit la créance de pension alimentaire.

L'assise de notre étude est maintenant certaine ; nous sommes assurés de la solidité de ce premier principe capital ; nous pouvons alors examiner les problèmes qu'il est susceptible de poser.

CHAPITRE II

Rang de l'hypothèque légale.

Pour garantir le paiement de sa créance de pension alimentaire, la femme bénéficie donc de l'hypothèque légale. Mais toute la valeur d'une hypothèque tient à son rang. Si la femme se trouve en concours avec d'autres créanciers hypothécaires, elle sera colloquée au rang que lui assure son hypothèque. Si celle-ci n'a pas un rang favorable c'est une sûreté absolument inutile, c'est une arme formidable offerte avec l'interdiction de s'en servir. Ce n'était pas la peine de dissenter son existence. Si au contraire cette hypothèque bénéficie d'un rang privilégié, la femme va pouvoir primer certains créanciers. Aussi est-il à peine besoin de dire que les conséquences pratiques de la solution, au moins autant que l'intérêt théorique, ont constitué en réalité la force vive des controverses exposées au chapitre précédent. Et cela d'autant plus que si on pouvait discuter longuement sur l'existence de l'hypothèque, on ne pouvait ensuite que le faire faiblement sur son rang. Ceux qui la combattaient convenaient, d'une façon assez générale, que, si on l'admettait, on devait alors lui assigner le rang que ses partisans indiquaient. Nous allons montrer en effet que, sans avoir pour cela été exempte de discussions, cette question du rang de l'hypothèque légale n'a pas donné lieu à des controverses très vives.

Quel est donc ce rang ? Normalement le rang d'une hypothèque se détermine par son inscription ; mais ici

nous nous nous trouvons en présence d'une hypothèque légale existant « indépendamment de toute inscription ». Son rang est donc celui fixé par la loi, par le paragraphe deuxième de l'article 2135 du Code civil ainsi conçu : « L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription : ...Au profit des femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales sur les immeubles de leur mari, et à compter du mariage. La femme n'a hypothèque, pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou du jour que les donations ont eu leur effet. Elle n'a hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente ».

Nous constatons aussitôt que ce texte n'épuise pas toutes les créances que la femme peut avoir contre son mari ; son énumération ne vise que les principales, mais passe sous silence la créance d'aliments. Il faut donc interpréter la loi. Et, comme il est d'usage, en matière d'interprétation, des divergences apparaissent. A la vérité, celles-ci portent plus sur la manière d'interpréter que sur les conclusions elles-mêmes. Nous constaterons en effet que les deux méthodes en présence conduisent, en fait, à la même solution.

Pour la majorité de la Doctrine, les trois alinéas du paragraphe deuxième de l'article 2135 du Code civil constituent trois exemples, trois règles distinctes. Dès lors il s'agit de savoir lequel il faut appliquer à la créance de pension alimentaire ; pour cela on raisonne par analogie.

Le premier alinéa vise la dot et les conventions matrimoniales. Pour y incorporer la pension alimentaire, MM. Aubry et Rau déclarent que les textes qui établissent cette créance forment « un véritable complément des conventions matrimoniales » (1). En s'en tenant ainsi à une

(1) Aubry et Rau : *op cit.*, 5^e édit., t. 3, § 264 ter, p. 370, note 8 bis.

analogie littérale l'argument est assurément assez embarrassé ; aussi n'est-il pas étonnant qu'il n'ait pas souvent eu d'écho. Il conduit néanmoins à faire bénéficier l'hypothèque légale garantissant la créance de pension alimentaire du rang privilégié énoncé par ce texte : le jour de la célébration du mariage.

Le deuxième alinéa n'accorde l'hypothèque légale à la femme qu'à compter du jour de l'ouverture des successions, à elle échues, ou du jour où les donations, à elle faites, ont eu leur effet. C'est-à-dire que l'hypothèque légale ne prend rang dans ces différents cas qu'au jour où s'est produit le fait qui a donné naissance à la créance. En se basant sur cette considération, si l'on veut glisser la pension alimentaire dans cette catégorie de créances, il faut alors préciser la date du fait d'où elle est née. Et tout naturellement nous retrouvons ici les auteurs qui décidaient que la créance de pension alimentaire est créée et fixée par le jugement qui la proclame. Poursuivant leur raisonnement, ceux-ci déclarent donc que cette hypothèque prend rang au jour du jugement. Ils n'ont pu écarter l'hypothèque, ils cherchent alors à en réduire les effets au minimum (1). Mais nous avons vu que les bases de cette argumentation doivent être rejetées, que le jugement est simplement déclaratif et que la source de la créance de pension alimentaire est le fait du mariage lui-même. Par conséquent, même en suivant ce système qui veut déterminer le rang de l'hypothèque légale par le fait générateur de la créance, nous arrivons encore à dire que ce rang doit être fixé au jour de la célébration du mariage. Et c'est ainsi que raisonnent même certains auteurs qui, tout en niant l'existence de l'hypothèque légale, soutiennent qu'en tout cas, si on reconnaît à la femme le droit de s'en

(1) Wahl, note sous Dijon, 16 juin 1893 et 4 juin 1894, S. 1895.2.25. — Bordeaux, 22 mars 1889, S. 1890.2.52. — Trib. civ. de Lyon, 8 mai 1901, D. P. 1902.1.350.

prévaloir, « ce droit résulte du mariage et grève de ce jour les biens du mari » (1).

Enfin le troisième alinéa, envisageant les dettes contractées avec le mari et la vente de biens propres, déclare que l'hypothèque légale prend rang au « jour de l'obligation ou de la vente ». Le législateur, dans ce texte, a eu ainsi en vue, disent certains auteurs, les créances provenant d'un acte volontaire, émanant du mari ou de la femme et entraînant une responsabilité. Ce serait naturellement dans cette dernière catégorie qu'il conviendrait de ranger la créance de pension alimentaire. Or, en cette matière, l'acte volontaire est facile à découvrir : c'est la demande en séparation de corps ou divorce. Par conséquent l'hypothèque légale doit prendre rang au jour de cette demande (2). Cette interprétation est ingénieuse ; mais remarquons que nous pouvons la reprendre à son point de départ et arriver à une conclusion différente. Il suffit pour cela de rappeler ce que nous avons énoncé antérieurement. L'acte volontaire, d'où est née la responsabilité du mari, ce n'est pas la demande en séparation de corps ou divorce, c'est le mariage lui-même. Nous savons que la créance de pension alimentaire, malgré son caractère éventuel, est entrée dans le patrimoine de la femme dès l'instant où le mariage a été célébré. La femme qui introduit une action tendant à la séparation de corps ou au divorce, comme le disent Aubry et Rau, « se prévaut contre son mari d'obligations dérivant du fait même du mariage. Par suite la créance née à l'occasion d'une semblable demande doit être garantie par une hypothèque remontant au jour où le mariage a été célébré » (3).

Ainsi, qu'on veuille faire intervenir tel ou tel alinéa, la préférence est permise car nous arrivons à la même conclusion : l'hypothèque légale garantissant la créance de

(1) César-Bru, note sous Douai, 16 mai 1895, D. P. 1898.2.105.

(2) Cf. Planiol, *op. cit.*, t. 2, n° 3114 et suiv.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit., t. 3, p. 411 et 412.

pension alimentaire prend rang au jour du mariage. Mais, à la vérité, cette méthode d'interprétation de l'article 2135 est peu élégante et ne satisfait guère l'esprit. Bien que la conclusion n'en doive point être changée, on aimerait trouver un raisonnement qui y conduise d'une façon plus ferme et plus claire. C'est ce raisonnement qu'a fait la jurisprudence. Pour elle, l'article 2135 ne pose pas trois règles, il pose une règle et deux exceptions. La règle est édictée par le premier alinéa : l'hypothèque légale de la femme prend rang au jour de la célébration du mariage. Les exceptions sont énoncées dans les deux alinéas qui suivent. Par suite, toute créance, non visée expressément par les exceptions, rentre dans la règle générale. C'est par son arrêt célèbre du 25 juin 1895 (1) que la Chambre civile de la Cour de cassation a fixé pour la première fois cette interprétation. « Cette hypothèque générale et dispensée d'inscription », dit-elle avec force, « ne peut, en dehors des cas spécifiés aux deuxième et troisième alinéas du paragraphe 2 de l'article 2135 du Code civil, avoir d'autre date que celle de la célébration du mariage, établie par le premier alinéa du même article pour toutes les créances nées du mariage. » Les arguments sont solides pour étayer cette solution. Commençons d'ailleurs par bien examiner le texte sur lequel on discute. Le premier alinéa est libellé ainsi : L'hypothèque *existe*.... au profit des femmes.... à compter du jour du mariage. Les deuxième et troisième alinéas débutent de cette façon : La femme *n'a* hypothèque. Elle *n'a* hypothèque. Dans le premier c'est la forme affirmative, dans les deux autres c'est la forme négative. Il y a bien une raison à ce renversement de la formule. Si le législateur avait voulu énoncer trois règles, il devait continuer tout naturellement à écrire : la femme *a* hypothèque. Elle *a* hypothèque. Le changement de style ne marque-t-il pas,

(1) D. P. 1897.1.553.

à l'évidence, une volonté différente ? Il n'est pas permis d'en douter. Cette rédaction représente l'exposé classique d'une règle générale, mise d'abord en avant sous la forme affirmative, à laquelle on a voulu apporter des exceptions, mais des exceptions précises et pour l'énoncé desquelles le législateur emploie alors la forme négative, afin de les délimiter nettement et interdire de les élargir. Par conséquent la créance de pension alimentaire, n'étant pas exclue de la règle générale, s'y trouve tout naturellement soumise et l'hypothèque légale qui la garantit prend rang au jour du mariage.

Assurément il ne faut pas être esclave d'un argument littéral ; mais, si la rigueur du raisonnement apparaît un peu rude, elle est cependant permise car elle se justifie, tout en se renforçant encore, lorsqu'on connaît les conditions dans lesquelles l'article 2135 a été élaboré. La volonté du législateur ne peut mieux apparaître. Dans l'Ancien Droit, pour la très grande majorité des Coutumes, le rang de l'hypothèque légale de la femme était déterminé par le jour du contrat de mariage, s'il en existait un et, à défaut, par le jour du mariage (1). La Jurisprudence du Parlement de Paris était également très ferme en ce sens (2). Or le projet définitif de Code civil, présenté au Conseil d'Etat, très bref, était ainsi conçu : « L'hypothèque existe au profit des femmes, pour raison de leur dot et conventions matrimoniales, à compter du jour du mariage » (3). C'était exactement le premier alinéa du paragraphe deuxième de notre article 2135 actuel. Sur cette première rédaction catégorique personne assurément ne pourrait discuter. La règle étant unique était obligatoirement générale ; les mots « dot et con-

(1) Pothier : *Traité de la Communauté*, nos 762 à 768, éd. Bugnet, t. 7, p. 380. — Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v^o hypothèque privilégiée. — Brissaud, *Manuel*, p. 829 et 830.

(2) Voir Lefebvre, *Cours de Doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français* ; le droit des gens mariés, p. 562 à 585.

(3) Voir : Fenet, *op. cit.*, t. 15, p. 336 et 419.

ventions matrimoniales » comprenaient donc toutes les créances pouvant exister au profit de la femme contre son mari. C'était si bien l'interprétation du Tribunal que la section de législation, apercevant quelques cas spéciaux où cette solution générale ne lui convenait pas, fit « ajouter », dit Fenet (1), les deux alinéas subséquents pour les soustraire au principe général. Celui-ci n'a donc pas été *modifié* ; il est resté intact dans sa rédaction même. Les paragraphes ajoutés ne peuvent dès lors apparaître que comme deux exceptions qui le confirment et doivent s'entendre restrictivement.

Telle est l'interprétation solide que la jurisprudence a établie et qu'elle ne manque pas de rappeler chaque fois qu'il est nécessaire (2) : l'hypothèque légale de la femme garantissant la créance de pension alimentaire, *réroactive-ment*, prend donc date au jour de la célébration du mariage. D'ailleurs si, dans son ensemble, la doctrine est hostile à cette solution, il faut reconnaître que certains auteurs cependant l'avaient déjà indiquée (3), que d'autres s'y sont ralliés actuellement (4) et qu'en réalité, sans les conséquences, souvent fâcheuses, qu'elle entraîne et auxquelles nous allons arriver maintenant, elle n'aurait pas d'adversaire véritable.

(1) Voir : Fenet, *op. cit.*, t. 15, p. 336 et 419.

(2) Voir : Amiens, 9 juillet 1896, S. 1898.2.68. — Bordeaux, 16 mars 1909, D. P. 1910.2.192 et S. 1909.2.239. — Cass. Rêq., 3 et 26 juillet 1928, D. P. 1929.1.9.

(3) Voir notamment : Demante et Colmet de Santerre, t. 9, n° 105 bis — 14°.

(4) Colin et Capitant, *op. cit.*, 4^e édit., t. 2, p. 909 et 910.

CHAPITRE III

Conventions relatives à l'hypothèque légale.

L'étude que nous avons suivie dans les deux chapitres qui précèdent apparaît comme l'exposé d'une évolution vers une protection de plus en plus grande au profit de la femme. Successivement nous avons montré que sa créance de pension alimentaire était garantie par l'hypothèque légale, puis que cette hypothèque bénéficiait d'un rang de faveur : le jour du mariage. La femme a donc là une sûreté puissante. Sans voir encore la question dans ses détails, mais en se référant seulement à la notion d'hypothèque légale de la femme, hypothèque privilégiée et occulte, nous devons commencer à songer que les tiers ont peut-être des raisons de s'inquiéter. L'hypothèque évoque tout de suite l'idée de concours. Or dans celui-ci quelle va être la situation des autres créanciers du mari, postérieurs au mariage. Ils vont évidemment être primés par l'hypothèque légale dont le rang est préférable. Dans ces conditions, une chose est certaine, bien peu de personnes oseront courir de tels risques en contractant avec le mari ; le crédit du ménage sera amoindri et la femme verra sa garantie se retourner contre elle-même.

Mais ce danger peut, semble-t-il, être écarté. Si cette hypothèque légale devient une gêne, la femme peut sans doute y renoncer et redonner ainsi, à son foyer, le crédit qu'il risquait de perdre. Le législateur en effet y a pensé et c'est pour adoucir les rigueurs de ce système qu'il a régle-

menté, dans les lois du 23 mars 1855 et du 13 février 1889, la pratique de la subrogation et de la renonciation à cette hypothèque légale, opérations dont il est fait un si courant emploi. Aussi de Loynes, tout en soutenant que l'hypothèque légale garantissait la créance de pension alimentaire, croyait-il pouvoir facilement remédier aux dangers que cette solution risquait d'entraîner pour les tiers et écrivait-il : « les créanciers n'auront qu'à se faire subroger » (1).

L'idée assurément est toute naturelle et le notariat l'utilise chaque jour. Mais c'est là que l'évolution semble devoir se poursuivre, faire un pas de plus dans le sens de la rigueur, car la Cour de cassation est venue déclarer brusquement dans deux arrêts célèbres que, dans ce cas, toute renonciation, « totale ou partielle », par la femme à son hypothèque légale « est nulle comme contraire à l'ordre public » (2). Les termes sont énergiques et semblent ne vouloir permettre aucune discussion. Mais sur quels arguments peut-on bien se fonder pour arriver à poser cette conclusion ? Celle-ci est-elle même exacte ? A cet endroit de notre étude, il faut reconnaître, qu'en tout cas, cette décision est assez imprévue car rien de ce que nous avons exposé dans nos deux premiers chapitres ne permettait de l'envisager. Par suite, s'il faut l'approuver, il est certain qu'on doit faire appel à d'autres idées.

Nous avons jusqu'ici étudié l'hypothèque légale seule, or nous avons dit, nous-même, dans notre introduction, que le problème, que nous avons à résoudre, devait être étudié à deux points de vue : la garantie et la créance. Si ce que nous avons dit sur le premier est insuffisant pour expliquer les décisions de la Cour de cassation, c'est, peut-être, que le moment est venu de porter notre attention sur le second.

(1) Note sous Dijon, 16 juin 1893, D. P. 1894.2.25.

(2) Cass. civ., 12 déc. 1921, D. P. 1922.1.153 et S. 1923.1.353; — Cass. Req., 3 et 6 juillet 1928, D. P. 1929.1.9.

L'hypothèque est, ne l'oublions pas, une simple garantie et toute son importance tient à celle de la créance qu'elle protège. Toute convention, dont elle est l'objet, a sa répercussion sur la créance. Or il peut arriver que celle-ci ne soit pas à l'entière disposition de son titulaire et cette remarque, croyons-nous, montre le sens dans lequel nous devons diriger maintenant nos investigations. Pour nous éclairer sur ces arrêts de la Cour de cassation, déclarant indisponible l'hypothèque légale, il nous semble, en effet, indispensable de remonter à la source, c'est-à-dire à la créance de pension alimentaire qui, en réalité, est la base même du problème. A notre avis ce principe n'a peut-être pas toujours eu la considération qu'il mérite et par suite, discutant dans le vague, on a quelquefois erré à l'aventure. Nous essayerons, autant que possible, d'éviter ce manque de méthode, en rappelant dans une section préliminaire certains caractères essentiels de la créance de pension alimentaire et en étudiant les pouvoirs que son titulaire peut avoir sur elle ; c'est alors que nous constaterons que cette créance est incessible. Ce point fixé jettera une grande lumière sur la question qui nous préoccupe ; il nous sera un précieux guide pour nous aider à juger ensuite les décisions de la Cour de cassation que nous étudierons aussitôt dans deux autres sections consacrées : l'une à la subrogation, l'autre à la renonciation par la femme à son hypothèque légale.

SECTION PREMIÈRE.

Remarques préliminaires sur la créance de pension alimentaire.

Les aliments, nous le savons, c'est tout ce qui est nécessaire, indispensable à la vie. En édictant, au profit de certaines personnes et dans certains cas, le droit à des aliments, le législateur a obéi à des considérations d'humanité et

d'ordre social. Il a cherché à ce que la subsistance de ceux qui se trouvent dans le besoin soit assurée d'une façon courante dans le cadre même de la famille où les devoirs moraux d'assistance sont naturellement les plus forts, avant de faire appel à la société. Mais cela suppose une réglementation délicate, tant à l'égard de celui qui doit recevoir qu'à l'égard de celui qui doit fournir les aliments et, bien que digne du plus grand intérêt, le créancier doit penser cependant qu'il bénéficie d'une protection un peu exceptionnelle. On a cherché à la lui assurer de la façon la plus solide parce qu'il s'agit des besoins impérieux de sa vie ; mais, à cause de cela même, on est en droit de surveiller l'emploi qui peut en être fait. Et cela d'autant plus, remarquons-le, que, si le titulaire compromet son droit alimentaire, il deviendra un indigent et ce sera la société qui en définitive en supportera les conséquences. Il s'agit donc à la fois de la protection du créancier et de celle de la société. Aussi, lorsque la créance est seulement éventuelle, à cause de la gravité du but qu'elle peut être appelée à remplir, est-il naturel d'interdire au titulaire insoucieux ou imprudent de s'en dessaisir à l'avance (1). C'est pourquoi, bien que le législateur ne l'ait pas déclaré expressément, on a toujours considéré une telle créance comme indisponible : le créancier ne peut ni la céder ni y renoncer. D'ailleurs ce sont des raisons de textes et des considérations d'ordre public qui ont conduit la doctrine et la jurisprudence à cette solution, ainsi que nous allons le voir.

1^o *Raisons de textes.* — L'article 581, 2^o et 4^o, du Code de Procédure civile déclare insaisissables « les provisions alimentaires adjugées par justice » et « les sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de

(1) Il n'est au contraire pas question de lui interdire la cession des termes échus. Cette cession est en effet pour lui un des moyens d'utiliser sa pension.

donation ne les déclarent pas insaisissables ». La créance de pension alimentaire, accordée à la femme par un jugement de séparation de corps ou de divorce, est donc insaisissable, c'est là un point absolument certain. Assurément l'insaisissabilité ne conduit pas toujours à l'incessibilité, car ces deux caractères ne découlent pas forcément des mêmes principes. Lorsque certains objets (les lettres missives par exemple) ont été déclarés insaisissables, pour des motifs de haute convenance ou de décence, cela évidemment n'emporte pas extinction, pour le propriétaire, de son droit de s'en dessaisir volontairement s'il le juge à propos. Mais, en notre matière, l'insaisissabilité a été établie pour protéger la personne elle-même du créancier, en empêchant ses propres créanciers de le dépouiller complètement ; la loi a sacrifié les intérêts de ceux-ci à la considération d'humanité qui commande d'assurer avant tout la subsistance d'une personne dans le besoin. Or des raisons aussi impérieuses doivent déterminer également l'incessibilité. En effet, s'il est difficile de se défendre contre les autres, il l'est souvent davantage de se protéger contre soi-même. Par conséquent l'insaisissabilité de la créance de pension alimentaire a ici, en quelque sorte, la valeur d'un argument *a fortiori*. Etant destinée à protéger la personne du créancier, comme l'ont très justement fait observer Aubry et Rau, « elle conduit forcément à l'incessibilité, car la protection que le législateur a voulu accorder au créancier serait incomplète si elle ne le mettait à l'abri de ses propres faiblesses » (1). A quoi servirait en effet cette précaution, si le créancier dissipateur et imprévoyant pouvait, de sa seule autorité, avancer les échéances par des actes de cession et, par là, percevoir d'un seul coup, sous forme d'un capital, tout le montant de son droit ? « L'obligation alimentaire ne remplirait plus son but puisqu'il dépendrait du créancier

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit, t. 5, p. 193, § 359, note 18.

d'en gaspiller irrémédiablement le bénéfice » (1). Cela assurément n'est pas possible et, étant insaisissable, la créance alimentaire est donc, à plus forte raison, incessible ; la logique même semble le vouloir ainsi.

A l'encontre de ce principe général, quelquefois, il est vrai, on a voulu faire une distinction fondée sur la source de la créance et prétendre que celle-ci est cessible quand elle provient d'un testament ou d'une donation (2). Mais, à supposer qu'on suive cette distinction, elle n'est pas incompatible avec l'idée que nous venons de poser : elle peut s'expliquer, car il faut bien reconnaître que, dans ces cas particuliers, le caractère alimentaire n'est peut-être pas rigoureusement à la mesure des besoins du créancier ; le mot alimentaire a souvent été employé, en réalité, pour protéger un avantage qui n'est en somme qu'une libéralité. Par conséquent les raisons d'incessibilité n'apparaissent plus ici avec la même force et la solution peut être différente. Quoi qu'il en soit, tous les auteurs et la jurisprudence se retrouvent d'accord lorsque la créance existe, en vertu d'un jugement et par application de la loi, pour la déclarer incessible par ce qu'insaisissable (3) et c'est le seul cas que nous avons à envisager.

2^o *Ordre public*. — Malgré la valeur de ces considérations, la Cour de cassation, dans les deux arrêts qui nous préoccupent, s'est basée sur un argument beaucoup plus péremptoire. Elle a déclaré que la renonciation au droit à une pension alimentaire ou la cession de ce droit était nulle parce

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade : *Des personnes*, 3^e édit., t. 3, n^o 2108 et suiv. Dans le même sens : Planiol, *op. cit.*, 9^e édit., t. 1, n^o 689. — Colin et Capitant, *op. cit.*, 3^e édit., t. 1, p. 378.

(2) Cass. Req., 22 février 1831, S. 1831.1.107. — Guillouard, *Contrat de mariage*, t. 1, n^o 390. — Huc, *Cession de créances*, t. 1, n^o 184 et suiv.

(3) Caen, 9 juillet 1862, S. 1863 2.103. — Paris, 11 mai 1892, *Pand. pér.* 1893.2.156 et D. P. 1892 2.239. — Limoges, 10 mars 1905, D. P. 1905 2.187. — *En sens contraire* : Mlle O. Béquignon, *Les sanctions civiles en cas de divorce*, thèse Caen 1928, p. 75.

qu'elle était « contraire à l'ordre public. » Cela paraît décisif. Toutefois, comme nulle part cette affirmation n'est écrite dans le Code, il est intéressant de rechercher les raisons qui la justifient.

« L'ordre public, c'est l'ordre dans l'Etat, c'est-à-dire une certaine organisation nécessaire à son bon fonctionnement. Toutes les lois de Droit public sont donc d'ordre public, y compris naturellement les lois de Droit pénal. Mais en outre, dans la législation civile elle-même, bien que celle-ci n'ait trait, en principe, qu'au règlement des intérêts particuliers, il y a bon nombre de dispositions qui touchent à l'ordre public parce que les règles qu'elles contiennent paraissent indispensables au maintien de la sécurité, de la moralité publiques, à celui des rapports pacifiques entre les citoyens, à la commodité de leurs relations économiques. Ces dispositions, touchant ainsi, non seulement à l'intérêt de certains individus, mais à l'intérêt général, doivent rester intangibles. Il ne peut dépendre de la volonté des particuliers d'en écarter l'application » (1). Cela se comprend aisément ; mais le problème se complique lorsqu'on veut chercher quelles sont, dans le Droit civil, les lois qui intéressent cet ordre public et auxquelles par conséquent on ne peut déroger. Sans doute on aperçoit bien que l'obligation alimentaire est comme la consécration d'un devoir moral, d'un précepte de droit naturel, qu'elle est une conséquence des rapports de famille. On a, peut-on dire, comme l'intuition qu'il ne peut être permis de renoncer à l'avance à ce droit aux aliments parce qu'il s'agit d'une matière qui intéresse de trop près l'ordre dans la famille et par conséquent dans la société. Demolombe écrivait déjà que l'obligation alimentaire « trouve sa base dans les liens de parenté et d'alliance et qu'on ne peut pas plus céder le droit aux aliments que la qualité sur laquelle ce droit est fondé » (2). Mais, lors-

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, 3^e édit., t. 1, p. 63.

(2) Demolombe : *Cours de Code Napoléon*, t. 4, n^o 78.

qu'on veut préciser, trouver la raison juridique de cette solution, on éprouve quelque hésitation et le Code ne facilite guère nos recherches.

Le caractère éventuel du droit de la femme à sa pension alimentaire ne doit pas surtout faire illusion. Il est totalement étranger à la notion d'ordre public en cette matière et on ne saurait d'ailleurs en tirer aucune indication précieuse. En effet, il n'est pas interdit, en principe, de renoncer à un droit pécuniaire éventuel ; il y a de nombreux exemples où la renonciation est permise : les articles 884 § 2, 1627 et 1643 du Code civil, qui autorisent les stipulations de non garantie, en sont la preuve. A l'inverse, si nous lisons les articles 791, 1423, 1780 § 5, 2220, nous trouvons une interdiction. De même, l'article 2140 dispose que la femme ne peut, dans son contrat de mariage, renoncer à son hypothèque légale. Enfin il est admis qu'on peut, dans un contrat, renoncer à l'avance, au droit de demander des dommages-intérêts, au cas où l'autre contractant n'exécuterait pas telle ou telle obligation ; mais qu'on ne peut pas (c'est du moins l'opinion qui tend à prévaloir) renoncer, à l'avance, au droit de demander des dommages-intérêts pour le cas où on serait lésé par une faute quasi-délictuelle (1). Ces exemples montrent assez combien le caractère éventuel d'un droit est insuffisant pour justifier l'indisponibilité de ce droit.

Alors, qu'est-ce qui fait exactement qu'on peut dire que le droit à une pension alimentaire est un droit d'ordre public et, d'ailleurs, comment détermine-t-on les droits qui sont d'ordre public et ceux qui ne le sont pas ? La question est embarrassante. Nous tournons en rond si nous répondons que les droits d'ordre public sont précisément ceux auxquels on ne peut renoncer. C'est évidemment dans une autre voie qu'il faut chercher la solution. M. Capitant,

(1) Voir : Colin et Capitant, *op. cit.*, 3^e édit., t. 2, p. 13. — Demogue, *Nature et effets du droit éventuel*, *Rev. trim. dr. civ.* 1905, p. 306 et 307.

dans sa note sous l'arrêt de 1921, a établi, croyons-nous, un heureux critérium (1). Pour trouver la distinction c'est, d'après lui, à l'origine des droits qu'il convient de se reporter : « S'agit-il d'un droit ayant sa source dans un contrat, il est toujours possible d'y renoncer à l'avance, à moins que la loi ne l'ait expressément interdit, comme dans l'article 1453 du Code civil qui déclare que la femme ne peut, en se mariant, renoncer au droit d'accepter la communauté ou d'y renoncer. Au contraire il n'est pas permis de renoncer aux droits extra-contractuels, c'est-à-dire aux droits directement attribués par la loi à l'individu, en dehors de tout rapport contractuel. Ainsi on ne peut pas renoncer au droit éventuel de succession (art. 791 du Code civil) ni au droit éventuel de réclamer des dommages-intérêts en réparation du préjudice que causerait un quasi-délit ». On peut donc poser le principe suivant :

Sauf stipulation contraire écrite dans la loi :

- 1° On peut renoncer à l'avance aux droits dérivant d'un contrat.
- 2° On ne peut renoncer à l'avance aux droits dérivant de la loi.

Voilà assurément un critérium sérieux qui va nous permettre de préciser la portée de la notion d'ordre public en notre matière. Faisons donc son application.

La créance de pension alimentaire, nous l'avons établi dans notre premier chapitre, a sa source dans le fait même du mariage, c'est à dire dans la loi. On ne peut donc la céder ou y renoncer, qu'en cas de permission expresse de la loi. Or nulle part nous ne trouvons cette possibilité écrite dans le Code. Cette créance est donc incessible et c'est sous le bénéfice de ces considérations qu'on doit lui appliquer le qualificatif de droit « d'ordre public ».

(1) Note de M. Capitant sous Cass. civ. 12 déc. 1921, D. P. 1922. I. 153.

On voit maintenant comment il faut comprendre l'argument qui décide qu'un droit est indisponible pour raison d'ordre public. Cette notion est péremptoire puisqu'on ne peut rien faire qui y soit contraire ; mais il ne faut pas la considérer comme un critérium pour déterminer les droits qui sont cessibles et ceux qui ne le sont pas. Il faut l'accepter comme une expression générale, résumant des arguments de raison supérieure qui empêchent d'aller à l'encontre d'une stipulation établie par la loi. Cela ne diminue d'ailleurs en rien la force qu'elle confère à une disposition lorsqu'elle peut lui être appliquée. Et c'est le cas en notre matière.

Ainsi, qu'on invoque l'insaisissabilité ou l'ordre public, on doit obligatoirement déclarer que la créance de pension alimentaire, accordée à la femme séparée de corps ou divorcée, est indisponible. La femme ne peut ni la céder ni y renoncer. C'est maintenant un point bien certain et qu'il n'est plus permis de perdre de vue.

La question vers laquelle nous pouvons nous tourner désormais est donc la suivante : garantissant une telle créance indisponible, l'hypothèque légale ne va-t-elle pas en subir certaines conséquences ? La femme va-t-elle pouvoir pratiquer toujours à son égard les opérations habituelles de la subrogation et de la renonciation ? Cela dépend assurément de la valeur du lien qui existe entre la créance et sa garantie, de la nature et des effets de ces conventions. Nous allons donc les étudier successivement en détail.

SECTION DEUXIÈME.

La subrogation à l'hypothèque légale.

Lorsqu'une femme, intervenant à un contrat d'emprunt hypothécaire fait par son mari, veut augmenter le crédit de ce dernier en accordant au créancier une garantie supplé-

mentaire, elle subroge ce tiers dans le bénéfice de son hypothèque légale, c'est-à-dire qu'elle lui confère le droit de l'invoquer pour son propre compte et de profiter ainsi d'un rang privilégié. Notons que cette opération n'était ni prévue ni réglée dans le Code civil. C'est seulement la loi du 23 mars 1855 qui est venue la reconnaître implicitement en réglementant les formes dans lesquelles elle doit être faite. Malheureusement le législateur a été peu explicite ; il s'est borné à écrire, sous l'article 9 de cette loi, « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante ». Et la loi du 13 février 1889, qui est venue perfectionner cette réglementation, n'a apporté aucun éclaircissement sur le premier membre de phrase : « *Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer* ». Quelques explications sur les cas où les femmes *ne peuvent céder* leur hypothèque légale ou y renoncer seraient pourtant précieuses en notre matière. Mais elles ne s'y trouvent pas et nous devons nous résigner à ne pas découvrir la solution toute faite. D'ailleurs la pratique ne s'est pas attardée à ces subtilités et s'est engagée à fond dans la voie des subrogations et des renonciations. Précisément elle l'a peut-être fait un peu inconsidérément. Quoi qu'il en soit, à quelques variantes près, la formule de la subrogation qu'on rencontre dans les actes notariés est la suivante :

« Pour plus de garantie Mme A..., autorisée de son mari, cède et transporte à M. B..., qui accepte, somme égale au montant en capital, intérêts et accessoires de la présente obligation, à prendre et recevoir, avec priorité et préférence à elle-même et à tous futurs cessionnaires, dans les droits, créances, reprises et avantages

matrimoniaux, qu'elle a et pourra avoir à exercer contre son mari en vertu soit de la loi, soit de son contrat de mariage, ci-après énoncé, soit de tous autres titres ; à l'effet de quoi elle le met et subroge, jusqu'à due concurrence et avec lesdites préférence et priorité, dans l'effet de son hypothèque légale contre son mari ; mais seulement en ce qu'elle grève l'immeuble ci-dessus hypothéqué — ou : (si la subrogation n'est pas limitative) sur tous les biens présents et à venir de son mari.

M. A... déclare se tenir ladite cession pour bien et dûment signifiée ».

Quelle est donc la valeur de cette formule, dans quelle mesure l'opération qu'elle vise peut-elle s'appliquer en notre matière ?

Faisons tout d'abord une remarque importante. La clause que nous venons d'énoncer n'est pas très correcte ; elle pourrait prêter à confusion car elle mélange deux notions pourtant bien différentes : celle de la *cession* et celle de la *subrogation*. Il ne faut peut-être pas trop s'arrêter sur ce point car il ne s'agit que d'un vice de rédaction. Toutefois, si on voulait envisager la formule sous ces deux aspects, il est certain qu'il y aurait une distinction préliminaire à faire.

Dans la première partie, la femme « cède et transporte... somme égale au montant en capital... à prendre par préférence à elle-même... dans les créances... qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari en vertu de la loi... » Ce serait donc là une cession ; il n'est pas besoin d'attendre la question pour faire la réponse : cette clause serait radicalement nulle à l'égard de la créance de pension alimentaire dont la femme pourrait devenir titulaire. Nous avons expliqué en effet qu'une telle créance est incessible et que toute renonciation à ce droit éventuel est nulle comme contraire à l'ordre public. Et c'est le premier attendu, sur lequel s'est basée la Cour de cassation, dans son arrêt du 12 décembre 1921.

Mais, ce point rapidement écarté, nous arrivons à la deuxième partie de la clause notariale où la subrogation, proprement dite, intervient : la femme subroge le créancier de son mari dans l'effet de son hypothèque légale contre ce dernier. C'est là qu'est la question délicate. Lorsque l'hypothèque légale vient à garantir une créance de pension alimentaire, créance incessible, que vaut la subrogation à cette hypothèque légale ? Est-elle même possible ? Il n'est pas inutile ici de se répéter. Il importe en effet, avant tout, de bien préciser le problème qui se pose, car la réponse n'est pas aussi aisée qu'à l'instant. Nous avons démontré successivement les deux points suivants :

1^o L'hypothèque légale garantit la créance de pension alimentaire ;

2^o La créance de pension alimentaire est incessible ;

Doit-on en tirer ce corollaire : L'hypothèque légale, garantissant la créance de pension alimentaire est incessible ? — Non, ont dit les uns. Oui, ont dit les autres.

Les deux solutions extrêmes se sont pour ainsi dire matérialisées dans un arrêt de la Cour de Bordeaux, rendu le 24 décembre 1912 (1) et dans l'arrêt précité de la Chambre civile de la Cour de cassation, cassant le premier et rendu le 12 décembre 1921 (2). Nous pourrions opposer un à un chacun des arguments ; mais en procédant ainsi successivement il nous semble qu'à la fin on n'aurait pas acquis d'idées assez claires ; on resterait sans doute sur une impression d'incertitude et de controverse non résolue. Nous devons procéder avec précaution et, avant de prendre parti, il convient de voir exactement ce qui se passe dans cette opération juridique qu'est la subrogation à l'hypothèque légale. Aussi ferons-nous d'abord une étude générale des carac-

(1) D. P. 1913. 2.150, note contraire. S. 1920. 2.92, note conforme.

(2) D. P. 1922.1.153, note conforme de M. Capitain. S. 1923.1.353, note conforme de M. Audinet.

tères, du mécanisme de celle-ci. Ensuite nous pourrons analyser les deux théories opposées. Notre étude formera ainsi un tout homogène et plus vigoureux. De cette façon, nous pourrons plus nettement faire la critique et voir la valeur des arguments en présence.

§ 1. — CARACTÈRES DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

On a prétendu assez longtemps que l'hypothèque, accessoire de la créance, était attachée si intimement à cette dernière qu'il était absolument impossible de l'en séparer et que la femme, en subrogeant un créancier à son hypothèque légale, lui transmettait sa créance elle-même (1). La Cour de cassation qui suivait alors cette idée affirmait que « l'hypothèque ne peut avoir d'existence propre, indépendante de la créance dont elle est l'accessoire et le mode d'exécution..., que, dès lors, la convention par laquelle un créancier cède son rang hypothécaire à un créancier qui lui est postérieur ne peut avoir d'autre résultat que de substituer le cessionnaire aux lieu et place qu'aurait occupés, dans l'ordre, la créance du cédant » (2). Dans cette interprétation, l'incessibilité de la créance emportait tout naturellement et sans discussion l'incessibilité de l'hypothèque qui la garantit. Mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée et a fait place à une nouvelle qui est autrement nuancée. La subrogation à l'hypothèque légale ne porte pas à la fois sur l'hypothèque et la créance, elle porte uniquement sur l'hypothèque. Elle opère un transfert direct et principal de l'hypothèque, isolée de la créance, qui reste intacte (3), et la femme, tout en subrogeant, conserve néan-

(1) Larombière, *Traité théorique et pratique des obligations*, édit. 1885, t. 3, p. 226, 235 et suiv. — Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 31, n° 324 et suiv. — Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit., t. 3, § 288, p. 741 texte et note 2.

(2) Cass. Req., 25 janvier 1853, S. 1853.1.423.

(3) Dalloz, *Nouveau Code civil annoté*, art. 2114, n° 29. — Gillard, *Constitu-*

moins tous ses droits contre son mari. En effet, à l'instant où la femme subroge un créancier de son mari, elle ne lui consent aucune cession immédiate de sa propre créance. Elle en reste parfaitement seule titulaire. La preuve en est que, si le mari rembourse son prêteur, la femme sera totalement dégagée et que nulle rétrocession ne sera nécessaire pour lui faire retrouver le bénéfice de sa créance prétendue cédée.

On ne peut davantage partager l'opinion qui consiste à voir dans cette opération une sorte de délégation conditionnelle. Pour les auteurs qui la soutiennent (1), la femme cède au créancier les droits qu'elle peut avoir contre son mari mais cette cession est subordonnée à la condition que le mari ne paie pas lui-même ce créancier. Ainsi la femme « n'éteint point la dette du mari, elle y ajoute sa propre dette et les deux subsistent jusqu'à l'événement dont l'effet sera, suivant que la condition prévue se réalisera ou non, soit d'effacer l'obligation de la femme même rétroactivement et comme si elle n'eût jamais été prise, soit de la maintenir rétroactivement et comme si la femme eût été liée dès l'origine ». Dans ces conditions, si le mari ne paie pas, la condition étant réalisée, la femme serait considérée comme débitrice dès le jour où elle s'est obligée. Ce raisonnement est inexact. Jamais la seule subrogation à son hypothèque légale n'a pu rendre une femme mariée débitrice personnelle du créancier subrogé. Pour qu'un effet semblable puisse se produire, il faut, qu'en plus

tion de l'hypothèque conventionnelle, n° 225. — Thézard, *op. cit.* n° 35. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du Nantissement*, t. 2, n° 903. — Méri-gnhac : *Traité théorique et pratique des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, p. 29 et suiv. — Guillouard, *Traité des Privilèges et Hypothèques*, t. 4, n° 1697. — Caen, 11 mars 1854, D. P. 1855.2.446. Cass. Req., 31 janvier 1883, D.P. 1883.1.316. — Toulouse, 29 février 1892, D. P. 1892.2.277.

(1) Paul Pont : *Commentaire des Privilèges et Hypothèques*, 2^e partie, Hyp., p. 469. — Dans le même sens : Gal, *La pension alimentaire de la femme séparée de corps ou divorcée et les subrogations à l'hypothèque légale*, thèse Montpellier 1931, p. 44 et suiv.

de la subrogation, la femme se soit elle-même engagée personnellement au remboursement de la dette, il faut qu'elle y soit tenue avec son mari. La subrogation à l'hypothèque ne peut entraîner à elle seule cette conséquence ; la femme ne contracte aucune dette et le subrogé ne sera pas payé avec la créance de la femme. Juridiquement donc la femme, qui subroge un créancier de son mari dans l'effet de son hypothèque légale, ne fait de sa créance aucune cession ni actuelle ni éventuelle.

Est-ce à dire pour cela que tout lien soit rompu entre la créance et l'hypothèque ? Non, et c'est là qu'est l'originalité de l'opération. La femme ne cède pas sa créance ; mais l'hypothèque, cédée seule, n'est pas pour cela affranchie de tout lien avec la créance restée aux mains de la femme. Son sort reste même attaché à celle-ci qui en est le support. On en trouve la démonstration aussitôt. Le jour même où le subrogé voudra exercer son droit, il faudra que la femme soit créancière et non pas seulement créancière éventuelle, mais bien créancière *actuelle*. Si en effet elle n'avait, ou ne pouvait faire valoir, à cette époque, aucune créance contre son mari, la subrogation ne pourrait fonctionner. D'autre part, même si la femme est bien alors titulaire d'une créance exigible, le subrogé ne pourra invoquer la subrogation à son profit que jusqu'à concurrence de la somme dont sa cédante est créancière (1) L'hypothèque seule, sans créance, ne se conçoit pas : en subrogeant, la femme a bien fait une cession portant uniquement sur l'hypothèque, mais le succès de l'opération, lors d'une collocation sur le prix des immeubles du mari, reste subordonné à l'état des créances de la femme à ce moment précis. A son point de départ la subrogation était donc conditionnée par *l'existence* et *l'importance* des créances de la femme au jour où le subrogé voudrait l'invoquer.

(1) Planiol, *op. cit.*, t. 2, n° 3495. — Colin et Capitant, *op. cit.*, t. 2, p. 916.

Le droit cédé au subrogé n'est pas affranchi de la créance et il subsiste entre celle-ci et sa garantie initiale, désormais transférée à un autre bénéficiaire, des rapports puissants. Tout cela assurément est assez subtil ; mais nous pouvons peut-être creuser le problème et maintenant préciser d'une part ce que la femme cède et d'autre part ce qu'elle conserve.

1° *Que cède la femme ?* — L'hypothèque légale que le subrogé peut utiliser reste soumise à trop de conditions à l'égard de la créance de la femme pour que nous puissions continuer à dire que celle-ci l'a cédée. Cette expression serait impropre. Il apparaît clairement que ce que la femme a cédé est, non pas son hypothèque, mais son rang hypothécaire. Si l'on veut être vraiment exact, ce qu'il faut même dire c'est qu'elle a, non pas *cédé*, mais *échangé* son rang avec celui du subrogé. Elle tenait de la loi un rang de faveur lui permettant de passer avant tous les autres créanciers ; elle a tout simplement permis à l'un d'entre eux, en le subrogeant, de prendre sa propre place dans la distribution et cela jusqu'à concurrence évidemment de ce qu'elle-même pouvait obtenir à cette place. Supposons qu'il y ait trois créanciers hypothécaires ordinaires : A. B. C., venant respectivement dans cet ordre, déterminé par la date de leurs inscriptions, et une femme mariée F., créancière de ses reprises. Celle-ci vient en premier rang et nous avons successivement : F. A. B. C. Mais, si la femme a subrogé B dans le bénéfice de son hypothèque légale, nous aurons alors l'ordre suivant : B. A. F. C. Nous voyons donc que la femme n'a nullement cédé sa propre créance puisqu'elle viendra la réclamer ensuite ; elle a uniquement cédé son numéro d'ordre pour prendre une place plus éloignée. Mais supposons que B soit créancier pour une somme supérieure à celle dont F est elle-même créancière. Peut-il, maintenant qu'il détient la place de F prélever toute sa

créance ? — Evidemment non : il ne peut retirer de cette place plus d'avantages que celle-ci eût permis à la femme d'en retirer elle-même, si elle l'eût occupée. Pour le surplus il reprend donc sa place ancienne. Ainsi : A était créancier pour 10.000 francs, B créancier subrogé pour 50.000 francs, C créancier pour 20.000 francs et, au jour où B veut utiliser la subrogation, F est seulement créancière de 15.000 francs. Nous aurons alors l'ordre suivant : 1^o B, (par subrogation de F pour 15.000 francs) ; 2^o A, pour 10.000 francs ; 3^o B, à sa place ordinaire pour le surplus de sa créance au sujet duquel la subrogation n'a pu être invoquée soit 35.000 francs ; 4^o F, pour sa créance dont elle a transféré le bénéfice de l'hypothèque légale à B, soit 15.000 francs ; 5^o C, pour 20.000 francs. B est bien subrogé pour 50.000 fr., c'est-à-dire que jusqu'au moment où il sera payé de 50.000 francs, F consent à lui céder sa place et renonce à être colloquée avant lui ; mais B ne peut se servir, dans l'ordre, du rang privilégié, accordé par la loi à F, que jusqu'à concurrence de 15.000 francs puisque F n'a qu'une créance de cette somme. Et si par exemple il y a seulement 35.000 francs à partager, B ne touchera que 15.000 fr. + 10.000 francs = 25.000 francs et A 10 000 francs. La femme ne touchera rien ; mais cela ne vient nullement de ce qu'elle aurait cédé sa créance au subrogé. Elle conserve bien sa créance ; si elle ne touche rien, c'est tout simplement parce qu'en subrogeant elle s'est reportée à un rang trop éloigné. C'est donc bien son rang seul qu'elle a cédé et le subrogé n'a pu l'utiliser que dans la mesure où il eût été possible à la femme de l'utiliser elle-même.

2^o *Que conserve la femme ?* — Sans les précisions que nous avons établies, on pourrait tenir le raisonnement suivant : La femme a cédé son hypothèque légale, la créance qu'elle conserve est donc devenue une créance dépourvue de sûreté, c'est-à-dire une créance chirographaire. Mais la

femme, nous venons de le voir, a simplement cédé son rang et non son hypothèque proprement dite. Elle a donc conservé tout ce qu'elle n'a pas cédé ; son hypothèque légale continue par suite, dans une certaine mesure, à garantir sa créance. Mais essayons de déterminer plus nettement ce qu'est devenue sa situation de créancière.

Reprenons notre exemple en le modifiant et supposons maintenant que B soit créancier subrogé pour 20.000 francs et F créancière pour 45.000 francs. La question que nous voulons mettre au point à présent est celle de savoir comment F sera colloquée. B peut utiliser la subrogation pour la totalité de ses 20.000 francs puisque F est créancière pour une somme supérieure. Il vient donc, dans l'ordre, en premier rang à la place de F pour 20.000 francs. Mais où se placera F ?

Une opinion a eu quelque crédit pendant un certain temps ; elle se fondait sur le fait, que nous avons nous-même rappelé plus haut, que, dans la subrogation, la créance de la femme subsiste sans novation. Elle prétendait alors que dès l'instant où la subrogation avait produit son effet, instantanément la créance de la femme se trouvait pourvue d'une nouvelle hypothèque légale identique à la première. La femme serait donc colloquée immédiatement après son subrogé et avant les créanciers non subrogés ; nous aurions l'ordre suivant : B. F. A. C. C'était une prétention excessive, bien inexacte et, de toute façon, ce double emploi était « absolument contraire aux règles de l'équité » (1). C'était en effet la violation flagrante des droits des créanciers hypothécaires inscrits antérieurement à la subrogation. Ceux-ci doivent bien laisser s'exercer le rang de faveur de la femme et peu leur importe même que ce rang soit exercé par la femme ou par un cessionnaire ; mais ce qu'il faut c'est que, de toute façon, il ne leur soit

(1) Agen, 6 mars 1901, sous Cass. Req., 28 juillet 1903, S. 1905.1.225.

opposé qu'une seule fois. Or dans ce cas, A, qui normalement devait être colloqué après un prélèvement unique de 45.000 francs, ne le serait qu'après une répartition de 20.000 francs + 45 000 francs = 65.000 francs. Cela ne peut être admis.

L'équité et d'ailleurs, nous le verrons, un sain examen juridique de cette question conduisent à établir l'ordre suivant : 1^o B, par subrogation de F pour 20.000 francs ; 2^o F, pour 25.000 francs laissés en dehors de la subrogation par elle consentie ; 3^o A, pour 10.000 francs ; 4^o F, pour les 20.000 francs de surplus de sa créance au sujet desquels elle avait subrogé B dans le bénéfice de son rang de faveur ; 5^o C, pour 20.000 francs. Ainsi A, pas plus que C, n'aura subi de préjudice par suite de la convention intervenue entre B et F.

Pour expliquer cette répartition, aujourd'hui admise, la jurisprudence et la majorité de la doctrine font maintenant intervenir des considérations juridiques qui, à notre sens, paraissent assez inutiles et même risquent souvent de fausser la notion de subrogation à l'hypothèque légale. On tient le raisonnement suivant : En subrogeant un créancier du mari, la femme s'est obligée dans l'intérêt du mari, elle a donc droit à une indemnité, or, pour le remboursement de celle-ci, dont le montant est évidemment égal à la différence entre sa créance primitive et ce qu'elle continue à toucher à son rang normal, elle retrouve une hypothèque légale venant à un rang inférieur, c'est-à-dire au jour même où elle s'est obligée, conformément à l'article 2135 — 2^o, 3^e alinéa. Mais, de plus, dit-on, cette utilisation de l'article 2135 du Code civil peut être insuffisante. En effet la femme a pu subroger le créancier B, assez longtemps après que ce créancier avait fait inscrire son hypothèque conventionnelle contre le mari et, dans l'intervalle qui sépare cette inscription, de la subrogation, un nouveau créancier C a pu survenir. Dans ce cas l'article 2135 ne permettra à la femme de prendre rang qu'au jour où elle s'est obligée

c'est-à-dire après C. Toutefois, prétend-on, cet inconvénient peut être écarté car la femme, à l'appui de son recours contre son mari, pourra elle-même invoquer la subrogation légale de l'article 1251 — 3^o du Code civil. Elle se trouve en effet subrogée de plein droit dans l'hypothèque personnelle du créancier subrogé qui, grâce à la subrogation à lui consentie, a obtenu d'être payé sur le prix des immeubles du mari, au rang de l'hypothèque légale de la subrogeante (1). Ainsi, de toute façon, la femme viendra à la place de son subrogé dans la mesure où celui-ci aura pu bénéficier de la subrogation.

Tout cela appelle plusieurs observations. Nous estimons qu'on fait une confusion en croyant trouver une base dans l'article 2135-2^o, 3^e alinéa, pour expliquer que la femme prend la place du subrogé, pour les sommes qui ont permis à celui-ci d'utiliser la subrogation. La femme, en effets, avait, garantie par une hypothèque légale, une créance de 45.000 francs. Un créancier subrogé a utilisé la subrogation à concurrence de 20.000 francs. Mais cela ne change en rien la nature de la créance de la femme contre son mari ! Quand la femme va produire à l'ordre, pour ces 20.000 francs, elle va se prévaloir de sa créance initiale elle-même. Il est impossible de dire qu'elle se prévaut alors d'une indemnité. Décider le contraire serait en effet admettre que cette prétendue créance d'indemnité remplace, pour partie, la créance primitive. Or ce serait également prétendre que cette dernière est disparue, c'est-à-dire évidemment qu'elle a servi à désintéresser le subrogé. Nous avons vu que cette théorie est inexacte ; la première créance subsiste dans son intégrité et la même hypothèque continue à la garantir, avec cette seule modification que, par suite de la subrogation, elle la garantit, pour un montant égal à celui dont le subrogé

(1) Voir dans ce sens : Planiol, *op. cit.*, t. 2, n^o 3497. — Colin et Capitant, *op. cit.*, t. 2, p. 916. — Cass. Req., 30 déc. 1884, S. 1885.1.367.

a été désintéressé, à un rang plus éloigné : celui du subrogé.

Il est un seul cas où on pourrait être tenté de voir une utilité à la notion d'indemnité, c'est celui où le subrogé serait un créancier chirographaire. Dans ce cas, en effet, si la femme avait droit à une indemnité, l'hypothèque légale de l'article 2135-2°, 3° alinéa lui permettrait d'être colloquée, en évitant le concours au marc le franc avec tous les créanciers chirographaires, concours que lui assignerait pourtant la qualité du subrogé. Mais c'est là encore une illusion ; notre théorie, à savoir que pour sa créance initiale, dans la proportion où le subrogé a utilisé la subrogation, la femme occupe le rang du subrogé, qu'il soit hypothécaire ou chirographaire, suffit pour rétablir la situation de faveur de la femme. Ayant subrogé un créancier chirographaire, la femme viendra bien, dans cette mesure, au rang des créanciers chirographaires ; mais comme elle est toujours créancière hypothécaire, que son hypothèque, bien que reportée alors à un rang très éloigné, n'en conserve pas moins sa valeur d'hypothèque, elle passera cependant avant tous les créanciers chirographaires et immédiatement après le dernier créancier hypothécaire.

Quant à l'application de l'article 1251-3° du Code civil nous estimons qu'elle est vraiment erronée en cette matière. En effet cet article dispose que « La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ». Pour qu'il y ait subrogation légale il faut donc qu'il y ait paiement. Or la femme n'a nullement payé de ses deniers le créancier subrogé ; nous avons assez expliqué qu'elle lui a seulement permis de se faire payer à son propre rang ; mais sans qu'en aucune façon sa propre créance serve à le désintéresser. Pour qu'il en soit autrement et, par conséquent, pour que l'article 1251 puisse s'appliquer, il faut que la femme se soit obligée person-

nellement au remboursement de la dette du mari, mais cela est autre chose. En cas de seule subrogation à son hypothèque légale, la femme ne cède pas sa créance, elle ne fait aucun versement, elle ne peut donc être à son tour subrogée légalement dans les droits de son subrogé. Elle viendra assurément à sa place; mais il n'est nullement besoin de faire une application fautive de l'article 1251 pour expliquer ce résultat. Pour nous, la femme, en subrogeant un créancier de son mari à son hypothèque légale, conserve d'abord intégralement sa créance. Elle permet seulement au subrogé de se faire payer au rang que son hypothèque privilégiée lui eût accordé. Dans toute la mesure où le subrogé n'a pas exercé les droits que lui conférait la subrogation, la femme conserve son hypothèque sans aucun changement. Et dans la mesure où le subrogé les a exercés, la femme retrouve la place du subrogé car elle a seulement échangé son rang avec le sien. Tout cela se comprend, sans qu'il soit besoin de faire appel aux articles 2135-2°, 3° alinéa et 1251-3°, lorsqu'on a bien posé la question en disant que la subrogation à l'hypothèque légale est un *échange de rang hypothécaire*.

§ 2. — LA SUBROGATION EST-ELLE POSSIBLE QUAND L'HYPOTHÈQUE LÉGALE GARANTIT LA CRÉANCE DE PENSION ALIMENTAIRE DE LA FEMME ?

Maintenant que nous avons étudié la nature et le mécanisme de la subrogation à l'hypothèque légale, nous devons être en mesure d'apprécier l'application qui en a été faite dans le problème qui nous est posé : La femme peut-elle subroger un créancier de son mari dans le bénéfice de son hypothèque légale en tant que celle-ci garantit sa créance de pension alimentaire ? La théorie affirmative, soutenue notamment, comme nous l'avons dit, par la Cour de

Bordeaux dans son arrêt précité (1), s'est arrêtée à cette considération que la femme, subrogeant un créancier de son mari, ne lui cède ni présentement ni éventuellement sa créance ; mais fait seulement une cession portant sur l'hypothèque. Elle en tire cette conclusion que le caractère de cessibilité ou d'incessibilité de la créance n'a pas à être pris en considération. C'est là un argument absolu. La femme ne peut céder sa créance de pension alimentaire, c'est entendu ; mais comme en subrogeant, l'opération juridique qu'elle effectue ne porte que sur l'hypothèque, sans toucher à la créance, rien ne peut s'opposer à cette subrogation. « En abandonnant sa garantie hypothécaire », dit la Cour, « et en cédant son rang aux créanciers Cormeinier et consorts Barrière, la dame Harguindéguy n'a point cédé par avance son droit à une pension alimentaire ; elle n'a fait que céder son hypothèque légale, dissociée de sa créance alimentaire, en conservant le droit de la faire valoir contre son mari, soit hypothécairement soit chirographairement, sans que l'exercice de ce droit puisse porter atteinte aux droits des créanciers auxquels elle a cédé le bénéfice de son hypothèque légale ». La femme peut donc valablement subroger ; la question, semble-t-il, n'aurait même pas dû se poser. Une convention portant sur l'hypothèque n'a pas à s'inquiéter du caractère de la créance car, « la créance alimentaire et l'hypothèque légale sont deux choses absolument distinctes ». On pourrait peut-être objecter que, tout en étant distinctes, elles peuvent avoir un certain rapport entre elles ; mais la théorie se précise encore « attendu », ajoute la Cour, « qu'il n'existe aucune raison de déclarer incessible l'hypothèque légale de la femme en tant qu'elle garantit sa créance alimentaire contre son mari ; Attendu qu'on ne pourrait trouver cette raison que dans un rapport constaté entre cette garantie de la créance

(1) S. 1920.2.92 et D.P. 1913 2.150. — Dans le même sens : Dalloz. Codes annotés, Additions au nouveau Code civil, Appendice au titre 18, loi 23 mars 1855, art. 9, n° 38-2°.

alimentaire et le caractère alimentaire de celle-ci, mais que ce rapport n'existe pas; Attendu que l'hypothèque légale garantit la créance alimentaire de la femme comme toute autre créance résultant, au profit de celle-ci, de ses conventions matrimoniales, et nullement en raison de son caractère alimentaire » et qu'enfin, ce que le législateur a entendu attacher, comme un droit incessible, à la personne d'un créancier d'aliments, c'est une créance chirographaire. Que l'hypothèque légale vienne garantir une telle créance, lorsque son titulaire est une femme mariée, cela ne peut lui conférer aucun caractère spécial. Par conséquent les opérations juridiques, qui portent uniquement sur l'hypothèque, n'ont pas à se préoccuper des créances garanties. Que la créance soit alimentaire ou non, qu'elle soit indisponible ou non, cela ne peut empêcher en rien la femme de subroger un tiers dans le bénéfice de son hypothèque légale.

Cette théorie, n'a pas prévalu devant la Cour de cassation, qui, par son arrêt déjà cité du 12 décembre 1921 (1), a cassé celui de la Cour de Bordeaux en posant nettement le principe opposé « que toute renonciation au droit éventuel à une pension alimentaire résultant de l'article 212 du Code civil est nulle comme contraire à l'ordre public et qu'il en est de même de la renonciation totale ou partielle aux garanties légales de ce droit ». Sans hésiter on doit se ranger à cette nouvelle conception. La Cour de Bordeaux assurément avait fait une analyse trop superficielle de la subrogation ; ses arguments peuvent se ramener à ces deux propositions :

- 1° La subrogation n'emporte pas cession de la créance ;
- 2° L'hypothèque et la créance garantie sont deux choses absolument distinctes.

Nous allons montrer que, si la première de ces propositions est juste en la forme, les conséquences qui en ont été

(1) D. P. 1922. I. 153 ; S. 1923. I. 353,

tirées l'ont été trop hâtivement et que la deuxième est totalement inexacte. Reprenons les successivement.

*1^o La subrogation à l'hypothèque légale
n'emporte pas cession de la créance garantie.*

Nous souscrivons pleinement à cette remarque ; nous nous sommes nous-même efforcé de bien dégager cette idée. La femme conserve intégralement sa créance et, sous quelque forme que ce soit, il n'est pas permis d'en apercevoir de cession. Assurément, si l'on s'arrête à cet endroit du raisonnement, on en déduit que le caractère de la créance conservée, quel qu'il soit, ne peut apporter le moindre obstacle à la cessibilité de l'hypothèque. Mais il faut serrer le problème de plus près. Tout d'abord nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence, pour faire comprendre que la femme, après la subrogation, retrouvait la place du subrogé, faisaient intervenir les articles 1251-3^o et 2135-2^o, 3^e alinéa du Code civil et que cela avait le grave tort d'introduire précisément une idée de paiement dans l'opération effectuée par la femme. Nous avons combattu ce procédé ; mais il n'en est pas moins vrai qu'il existe et cela seul devrait inciter à la prudence. En effet, si confuse soit-elle, la notion d'un paiement par la femme conduirait à lui interdire de subroger, lorsqu'il s'agit d'une créance alimentaire puisque celle-ci est frappée d'une indisponibilité d'ordre public. Dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, il reste donc, sur le caractère de la subrogation, un léger flottement qui est de nature à jeter au moins le doute sur sa possibilité en notre matière.

Pour nous qui avons tranché la question en déclarant l'indépendance absolue entre la subrogation et la cession de créance, il semble alors que notre thèse se rapproche des conceptions de la Cour de Bordeaux. Sur ce point de départ elle concorde même avec elle ; mais elle s'en éloigne aussi-

tôt après. En effet, d'autres considérations doivent intervenir. Juridiquement, nous le répétons, la femme ne cède en aucune façon sa créance de pension alimentaire en subrogeant un créancier de son mari dans le bénéfice de son hypothèque légale, elle échange seulement son rang avec le subrogé ; mais pratiquement quel est le résultat de cette opération ? Dans un ordre, tout peut dépendre du rang qu'on occupe. Supposons qu'il y ait 100.000 francs à distribuer ; la femme était créancière pour 75.000 francs, A l'était pour 30.000 francs et B pour 80.000 francs. L'hypothèque légale de la femme permettait à celle-ci de venir en premier rang et de toucher intégralement ses 75.000 francs. Si au contraire la femme a subrogé B dans le bénéfice de son hypothèque légale, celui-ci va pouvoir se faire payer de 75.000 francs au premier rang, il va rester 25.000 francs pour A et la femme ne touchera rien. Assurément elle n'a pas cédé sa créance à B, elle la conserve toujours ; mais, si le mari n'a pas d'autres immeubles, s'il n'a même plus aucune fortune, il est absolument impossible à la femme de se faire payer de lui. Le résultat pratique est bien le même. Indirectement, mais avec non moins de netteté, la femme s'est dépouillée de sa créance. Or cela ne peut pas être possible lorsqu'il s'agit d'une créance indisponible. Lorsque, pour des raisons d'ordre public, la loi a déclaré indisponible une créance entre les mains de son titulaire, il ne peut être permis à celui-ci de s'en dessaisir directement, cela est évident, mais il ne peut lui être permis non plus de s'en dessaisir d'une façon détournée. Ce serait une fraude à la loi et la volonté du législateur ne serait pas respectée. La Cour de cassation a donc eu raison de dire « qu'en effet la créance alimentaire peut être rendue illusoire par la disparition ou l'inefficacité de la sûreté légale qui en garantissait le recouvrement ; que la femme, en renonçant à son hypothèque légale, ou en la rejetant à un rang trop éloigné pour qu'elle puisse produire effet, se dépouillerait par voie *indirecte* des ressources dont

la loi n'a pas voulu qu'elle pût disposer directement ».

Par conséquent, à cause du caractère personnel et du caractère d'ordre public attachés à la créance et à cause des résultats indirects, mais certains, que la subrogation est susceptible d'entraîner, on doit décider que la femme ne peut subroger un tiers dans le bénéfice de son hypothèque légale en tant que celle-ci garantit sa créance de pension alimentaire. Sans doute l'opération qu'elle effectuerait en subrogeant ne serait que la cession de son rang privilégié ; mais l'exercice de ce rang lui-même est rigoureusement personnel : il ne peut être utilisé, à l'égard d'une créance incertaine, que par son titulaire seul si l'on veut respecter le vœu de la loi. Ces considérations d'ordre pratique seraient suffisantes ; nous allons voir en outre que juridiquement le deuxième argument de la Cour de Bordeaux peut encore moins être retenu.

2° L'hypothèque et la créance garantie sont deux choses absolument distinctes.

Poser cette affirmation, c'est méconnaître totalement la nature même de l'hypothèque. La Cour de Bordeaux fonde son opinion sur le fait que l'hypothèque légale garantit la créance alimentaire de la femme « comme toute autre créance... et nullement en raison de son caractère alimentaire ». Elle fait donc observer que cette hypothèque garantit indistinctement toutes les créances de la femme, sans qu'on ait à s'occuper de la nature qu'elles peuvent présenter et que, par conséquent, elle leur est étrangère. La première partie de cette remarque est exacte ; nous l'avons nous-même établi dans notre premier chapitre : l'hypothèque légale est une sûreté qui plane sur toutes les créances de la femme indistinctement, pourvu qu'elles aient leur source dans le fait du mariage. Mais cela ne veut pas dire qu'elle les frappe *indifféremment* et qu'elle soit toujours identique à elle-même

quelle que soit la créance garantie. Bien au contraire, si elle les garantit toutes, c'est en les garantissant *chacune en particulier*, en étant l'accessoire de chacune d'elles. Elle subit l'influence de chaque créance et la preuve en est que, d'après l'article 2135 du Code Civil, son rang peut varier suivant la catégorie de créances qu'elle protège. C'est bien là une première indication que l'hypothèque est intéressée au caractère de la créance protégée et se modifie suivant la nature de celle-ci.

La relation apparaît plus étroite encore, si nous jetons à nouveau un regard sur le mécanisme de la subrogation à l'hypothèque légale. La femme a subrogé un créancier de son mari. Le subrogé bénéficie d'un droit, portant uniquement sur l'hypothèque et cependant, lorsqu'il voudra utiliser ce droit, si la femme n'a pas, à cet instant précis, de créance personnelle à faire valoir, il ne pourra le mettre en œuvre : il aura entre les mains une arme inutile. A supposer même que cette condition soit réalisée, il ne pourra se servir du rang de faveur de la femme que dans la mesure exacte de la quotité de la créance de celle-ci. Où est-elle donc cette hypothèque « absolument distincte de la créance » ? Comment des conditions aussi rigoureuses existeraient-elles si l'hypothèque était une chose, la créance une autre et s'il n'existait aucun rapport entre elles ?

On voit bien que cette théorie de la Cour de Bordeaux est radicalement fausse ; c'est la théorie contraire qui est démontrée à chaque pas, où l'hypothèque apparaît étroitement liée à la créance et même attachée à sa destinée. Qu'elle soit d'ailleurs légale, judiciaire ou conventionnelle, sa nature est la même. Celle-ci est en effet indiquée dans l'article 2114 du Code civil, c'est-à-dire avant l'énoncé de ses sources, qui se trouve seulement dans l'article 2117. Son origine est donc son importance à ce sujet (1) ; ce qui influe sur elle

(1) Voir la note de M. Capitant, sous Cass. Civ., 11 janvier 1927, D. P. 1927. 1. 129.

c'est uniquement la créance qu'elle protège. L'hypothèque n'a qu'un but : garantir une créance. Si celle-ci n'existe pas, l'hypothèque ne se conçoit pas, car elle est sa seule raison d'être.

Assurément il est des cas où cette absolue dépendance semble en défaut. Ainsi, lorsqu'un banquier consent une ouverture de crédit à un client moyennant une hypothèque sur un immeuble de celui-ci, cette hypothèque existe et même prend rang du jour de son inscription, c'est-à-dire souvent avant que le client ait reçu des fonds (1). De même encore l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit, sur les immeubles du tuteur, prend naissance au jour de l'ouverture de la tutelle et cependant les créances au profit de l'incapable n'existent peut-être pas encore : elles s'échelonnent au cours de la tutelle. Mais, en dehors de ces cas tout à fait exceptionnels, l'hypothèque, dans notre conception française, naît avec la créance qu'elle doit garantir et reste étroitement liée à elle. D'ailleurs, si on examine bien ces exemples que nous venons de citer, on remarquera qu'ils constituent des exceptions plus apparentes que réelles et qu'ils sont loin de prouver une vie indépendante de l'hypothèque. Si, dans les cas qu'ils visent, la créance n'existe pas encore au moment où l'hypothèque est créée, elle en reste cependant le but et le support. Elle n'est encore que future ou éventuelle ; mais alors aussi l'hypothèque, quoique déjà créée, n'est que conditionnelle et ne produira d'effet que si la créance prend naissance un jour. Celle-ci n'existe pas encore, elle est simplement probable et c'est pour mieux la protéger qu'on se hâte de préparer sa garantie, tant il est vrai que cette créance est l'objet principal de l'opération. Jamais donc l'hypothèque ne sera créée pour elle-même sans qu'il y ait une créance en vue ; elle est un droit simplement accessoire « destiné à servir de garantie à une créance et

(1) Cass., 10 août 1831, S. 1831.1.371. — Cass., 8 mars 1853, D. P. 1854.1.341.

ne se comprend pas sans une créance dont elle doive assurer le paiement » (1).

Dans ces conditions, étant donnée la valeur du lien qui unit l'hypothèque à sa créance, on conçoit qu'on ne puisse opérer sur l'accessoire sans perdre de vue le principal. Il ne faut pas sans doute exagérer les termes et dire que l'hypothèque prend la nature de la créance, car la créance peut être mobilière alors que l'hypothèque est toujours immobilière ; seulement, ce qu'il faut dire, c'est que l'accessoire subit inévitablement *l'influence* du principal. C'est le moment de rappeler la vieille maxime « Accessorium sequitur principale ». Sans prendre sa nature, l'hypothèque dépend du sort de la créance ; elle dépend donc à plus forte raison de son régime. Elle est attachée à ses pas ; la vie, la nature de cette créance ont une réaction directe sur elle. Elle en épouse obligatoirement les caractères et notamment, si la créance est indisponible, l'hypothèque le sera également ; si cette indisponibilité est d'ordre public pour la créance, elle le sera de même pour l'hypothèque : l'accessoire suit le principal. De l'incessibilité de la créance découle, avec le même caractère, l'incessibilité de l'hypothèque.

D'ailleurs ce n'est pas là une idée nouvelle ; nous avons, de l'application de ce principe, un exemple de choix. Sous le régime dotal, les biens dotaux sont inaliénables, et cette inaliénabilité s'applique d'abord aux immeubles dotaux (article 1554 du Code civil). Mais en outre, reprenant la tradition des pays de droit écrit, la jurisprudence et les auteurs, bien que ces derniers ne se soient décidés qu'après une longue résistance, ont déclaré que cette inaliénabilité s'étendait à la dot mobilière et notamment à la créance de la femme en restitution de sa dot (2). Or, comme garantie de

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. 2, p. 882.

(2) Cass. Civ., 2 janvier 1837, S. 1837.1.97. — Cass. Ch. réun., 14 nov. 1846, D. P. 1847.1.27.

cette créance dotale, la femme a, comme sous tout autre régime et en vertu uniquement de sa qualité de femme mariée, une sûreté réelle : l'hypothèque légale de l'article 2121 du Code civil. Nulle part la loi n'a déclaré l'hypothèque elle-même incessible. Et cependant, sous le régime dotal, il est établi que la femme ne peut céder le bénéfice de son hypothèque légale ; elle ne peut consentir ni subrogation ni renonciation parce que ces opérations seraient de nature à compromettre le recouvrement de la dot inaliénable (1). L'hypothèque légale, en tant qu'elle protège des reprises dotales inaliénables, est ainsi devenue aussi inaliénable que ces reprises elles-mêmes. Le fondement de l'inaliénabilité de l'hypothèque est l'inaliénabilité de la créance dotale, dont, étant l'accessoire, elle a revêtu le caractère. Si cette hypothèque est incessible c'est parce que la créance l'est avant elle et qu'elle suit le caractère du principal. N'est-ce pas là l'exemple le plus frappant où l'on puisse contempler à la fois et la vérification du lien qui existe entre la créance et l'hypothèque et l'indisponibilité de la seconde entraînée, par voie de conséquence, par l'indisponibilité de la première. La question se pose exactement de la même façon pour la créance de pension alimentaire dont l'incessibilité est d'ordre public.

Contre cette évidence on a tenté, il est vrai, un suprême argument. On a cherché à prétendre que cette corrélation, existant entre l'hypothèque et la créance, n'existait que sous le régime dotal où l'inaliénabilité de l'hypothèque tenait « aux rigueurs exceptionnelles du régime dotal et aux effets spéciaux que la jurisprudence attribue à l'inali-

(1) *Jurisp. Gén.* v^o Privilèges et Hypothèques, n^o 953. — Supplément *eod.* v^o n^o 519. — Thézard, *op. cit.*, n^o 111. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. 2, n^{os} 1043 et 1044. — Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit. t. 3, § 288 bis, p. 751. — Merignhac, *op. cit.*, p. 49, n^o 32. — Bordeaux, 9 juillet 1841, *Jurisp. Gén.* v^o Privilèges et Hypothèques, n^o 955. — Cass. Req., 6 déc. 1882, D.P. 1883.1.219. — Cass., 3 déc. 1883, D.P. 1884.1.334. — Cass., 13 avril 1893, D. P. 1894.1.407.

nabilité de la dot (1) ». L'argument d'analogie ne serait donc pas permis. On répondra tout de suite que cette affirmation est toute gratuite et que des rigueurs exceptionnelles, semblables, peuvent bien exister ailleurs si la question est exactement la même. Si l'article 20 du décret-loi du 28 février 1852 sur les Sociétés de crédit foncier disait : « La femme peut, si elle n'est pas mariée sous le régime dotal, renoncer à son hypothèque légale », c'était assurément à titre indicatif et parce que, surtout à cette époque, le cas du régime dotal était le premier qui se présentait à l'esprit pour trouver l'exemple de créances inaliénables. On voudra bien remarquer aussi qu'il serait tout de même audacieux de vouloir, de cette simple incidente négative « si elle n'est pas mariée sous le régime dotal » déduire, par argument *a contrario*, que dans tous les autres cas la femme peut renoncer à son hypothèque. D'ailleurs, le législateur, traitant alors la question sous un aspect plus général, dans la loi du 9 mars 1855, n'a plus du tout précisé l'exception de la même façon. Il a écrit : « Dans le cas où la femme peut renoncer à son hypothèque légale... », voulant dire par là qu'il était *des cas* où elle ne pouvait le faire. Parmi ces cas figure évidemment celui où la femme est mariée sous le régime dotal et dont une mention spéciale avait été déjà faite dans le décret de 1852 ; mais la formule laisse place à d'autres cas semblables, surtout lorsque l'analogie est aussi grande. C'est qu'en effet il nous est possible de préciser encore cette analogie. La créance dotale et la créance de pension alimentaire sont inaliénables. Ce n'est pas là une simple similitude de caractère extérieur ; on peut dire que la raison même de l'inaliénabilité est semblable dans les deux cas. La créance de pension alimentaire est indisponible parce qu'on a voulu mettre son titulaire à l'abri des imprudences ou de la prodigalité, l'empêcher d'en faire

(1) Note sous Bordeaux, 24 déc. 1912, S. 1920.2.92.

un usage contraire au but poursuivi et lui permettre ainsi de trouver, quotidiennement, tout ce qui lui est indispensable pour subvenir aux besoins de la vie. La dot joue un rôle analogue ; elle est essentiellement le patrimoine familial. C'est le patrimoine affecté à la satisfaction des intérêts permanents, non seulement du ménage, mais de la famille et cette destination explique son inaliénabilité de la même manière que pour la pension alimentaire : cette inaliénabilité est destinée à empêcher que la dot soit détournée par les époux de sa destination (1). L'analogie peut donc être ainsi poussée jusque dans l'essence même des créances ; or, dans le régime dotal l'inaliénabilité de la dot a pour conséquence l'inaliénabilité de l'hypothèque ; l'identité absolue des motifs entraîne pour la créance de pension alimentaire l'identité de solution : l'hypothèque qui la garantit est indisponible.

Ainsi les raisons ne manquent pas pour rejeter la théorie de la Cour de Bordeaux et se ranger, sans hésitation, à celle de la Cour de cassation. La créance de pension alimentaire est insaisissable et incessible pour des raisons d'ordre public. En subrogeant un tiers dans le bénéfice de son hypothèque légale, la femme risque de faire une cession indirecte de sa créance. D'autre part, l'hypothèque n'est que l'accessoire de la créance et en suit les caractères. Enfin la comparaison avec le régime dotal, où des considérations analogues se retrouvent, montre la conséquence qui en découle : la femme ne peut subroger les tiers dans le bénéfice de son hypothèque légale en tant que celle-ci garantit sa créance de pension alimentaire contre son mari. Si elle a consenti cette subrogation, l'opération est nulle, et par conséquent, malgré celle-ci, la femme primera les tiers qu'elle a subrogés. Nous avons montré que l'exercice du droit du subrogé dépendait, au jour de son utilisation, de l'*existence* et de l'*importance* de la créance de la femme ; à

(1) Cf. M. Martin, *Etudes sur le régime dotal*, préface. — Note au D.P., 1901. I. 149.

ces deux termes nous devons donc en ajouter un troisième : la *nature*. En tant que l'hypothèque garantit une créance de nature inaliénable, par exemple une créance dotale ou une créance de pension alimentaire, la subrogation ne peut produire aucun effet en faveur du subrogé. D'ailleurs observons que la Cour de cassation a rendu un arrêt sur cette question pour la première fois en 1921; mais qu'il est interdit de voir là un revirement dans la jurisprudence; ce qu'il faut remarquer, c'est qu'en réalité la question se posait jusque là assez rarement dans la pratique. Toutefois plusieurs décisions avaient été rendues dans le même sens et pour des motifs analogues. En 1905 la Cour de Limoges disait déjà « que toute renonciation au droit à une pension alimentaire résultant des articles 205 et suivants du Code civil serait radicalement nulle, comme contraire à l'ordre public et que permettre la renonciation totale ou partielle à la garantie hypothécaire de ce droit serait indirectement permettre la disposition et par conséquent la ruine du droit lui-même devenu peut-être illusoire; que sans doute le droit à pension alimentaire peut varier dans sa quotité, peut être même complètement disparaître suivant la situation variable des parties; que dans ce cas la disparition de l'hypothèque, accessoire de la créance, n'est que la conséquence de l'abolition de la créance elle-même; mais qu'aussi longtemps que la créance existe, elle ne peut être destituée des garanties dont l'assortit la loi » (1). C'était bien affirmer déjà nettement le lien entre l'hypothèque et la créance garantie (2). Maintenant que le problème se pose plus souvent, par suite de la fréquence des séparations de corps et des divorces, la question ne manque pas d'être tranchée de même (3); la Cour de cassation a affirmé à nouveau le prin-

(1) Limoges, 10 mars 1905, D.P. 1905.2.187.

(2) Dans le même sens: Trib. civ. de Rethel, 22 nov. 1911, *G. Pal.* t. 1912-1920, v^o Hyp. lég. n^o 24. — Poitiers, 21 avril 1913, *G. Pal.* eod. loc. n^o 22.

(3) Trib. civ. de Nice, 26 nov. 1923, *S. Rec. Som.*, 1924, 1878. — Trib. civ.

cipe récemment (1). Celui-ci n'est donc pas de date récente, il vient tout simplement, en ces dernières années, d'être mieux précisé et nous avons vu que les caractères de la créance, de l'hypothèque, de la subrogation y conduisent avec une logique rigoureuse (2).

SECTION TROISIÈME.

La renonciation à l'hypothèque légale.

Les explications que nous avons présentées dans la section précédente se rapportaient spécialement aux actes d'emprunt, celles auxquelles nous arrivons ont trait plus particulièrement aux actes d'aliénation (3).

L'hypothèque légale de la femme est générale; elle frappe tous les immeubles du mari ou de la communauté. Or l'hypothèque, par le droit de suite qu'elle comporte, permet au créancier de suivre l'immeuble qu'elle grève « en quelques mains qu'il passe » (article 2166 du Code civil), de le faire vendre et d'être colloqué sur le prix au rang que lui assigne cette hypothèque. La femme, comme d'ailleurs tout créancier hypothécaire, n'a donc pas à s'inquiéter de la ques-

de Boulogne-sur-mer, 27 février 1925, *G. Pal.*, 1925.1.675. — Paris, 1^{er} juin 1925, *S. Rec. Som.*, 1926, 957. — Paris, 10 juin 1925, *G. Pal.*, 1925.2.641. — Trib. civ. de Pithiviers, 2 juillet 1925, *S. Rec. Som.*, 1926, 677.

(1) Cass. Req., 3 et 26 juillet 1928, *D. P.* 1929.1.9.

(2) Voir dans le même sens : Capitant, note précitée au *D. P.* 1922.1.153. — Audinet, note au *S.* 1923.1.353. — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, nos 62 et 678. — Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit., t. 3, n° 288 texte et note 5 bis. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, t. 2, n° 1047. — Gaude-met, *Rev. trim. dr. civ.*, 1922, p. 395 et suiv. — Nast, *Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement*, 15 janvier 1930, p. 5.

(3) Aliénation à titre onéreux ou à titre gratuit ! Nous allons toujours envisager le cas de la vente ; mais les mêmes observations et les mêmes conclusions s'appliquent à la donation où la femme renonce à son hypothèque légale sur le bien donné. Pour les créanciers hypothécaires, la seule différence est que le donataire, au lieu d'avoir à verser un prix comme dans la vente, doit offrir la valeur de l'immeuble. Mais le problème est absolument le même et les réflexions faites ont le même sens à l'égard de cette valeur de l'immeuble donné ou du prix de l'immeuble vendu.

tion de savoir qui détiendra l'immeuble le jour où elle voudra se faire payer ; ce pourra être encore son mari, mais ce pourra être également un acquéreur, un sous-acquéreur, un donataire, etc. Peu importe, elle saisira l'immeuble sans s'occuper du détenteur : ce n'est pas ce dernier qui lui doit, c'est l'immeuble : *Res, non persona debet*. Dans ces conditions, lorsque le mari vend un immeuble propre ou un conquêt, l'acquéreur a une propriété assez fragile. Il a pu connaître les charges de l'immeuble et avoir une situation sûre à l'égard des créanciers hypothécaires ordinaires dont l'hypothèque, pour lui être opposable, doit être inscrite avant la transcription de son contrat d'acquisition ; mais il n'en va pas de même à l'égard de la femme de son vendeur. L'hypothèque de celle-ci est dispensée d'inscription et remonte quant à ses effets, en règle générale et notamment pour la créance de pension alimentaire, au jour du mariage. Si la femme un jour devient créancière de son mari, pour se faire payer elle pourra donc venir saisir l'immeuble entre les mains de l'acquéreur. C'est une situation que ce dernier ne peut accepter ; il faut qu'il consolide son droit de propriété et le mette à l'abri de cette intervention éventuelle. Pour cela il suffit que la femme renonce à son droit, à son hypothèque légale, sur l'immeuble qu'il acquiert. La loi du 23 mars 1855, complétée par celle du 13 février 1889, est venue permettre cette renonciation par la femme en même temps qu'elle lui permettait la subrogation. Avec cette renonciation, l'acquéreur n'a plus d'éviction à craindre. Mais nous avons déjà dit combien ces textes étaient peu explicites et nous nous trouvons en face d'une question analogue à celle que nous avons eu à résoudre : La femme peut-elle toujours renoncer à son hypothèque légale ? Plus spécialement, dans le cas où cette hypothèque garantit une créance de pension alimentaire, créance éventuelle, mais, nous l'avons vu, créance incessible et insaisissable, la femme peut-elle y renoncer ? C'est ce qu'il nous faut maintenant étudier.

Disons tout d'abord que la renonciation par la femme à son hypothèque légale peut se présenter sous deux formes très différentes, elle peut être une renonciation *subrogative* ou simplement une renonciation *abdicative*. La première est assurément exceptionnelle ; lorsqu'on parle de la renonciation à l'hypothèque légale, on pense uniquement à la deuxième ; mais, pour être complet, nous ferons tout de même la distinction et, bien qu'elles soient loin de présenter le même intérêt, nous étudierons en deux paragraphes différents ces deux formes de renonciation.

§ 1^{er}. — RENONCIATION SUBROGATIVE.

Pour que la renonciation subrogative de la femme à son hypothèque légale trouve son application, lorsque le mari vend un immeuble qui lui est propre ou dépend de la communauté, il faut supposer deux choses : 1^o Que l'acquéreur paie son prix ; 2^o Que l'immeuble vendu soit déjà grevé d'inscriptions hypothécaires. Ces dernières sont évidemment d'un rang postérieur à celui de l'hypothèque légale. Or, si la femme donne son consentement au paiement du prix entre les mains de son mari, l'acquéreur se trouvera subrogé dans le bénéfice de l'hypothèque légale à l'égard des créanciers postérieurs. L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 en effet est ainsi conçu : « Le concours ou le consentement donné par la femme, soit à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle, emporte, même à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers postérieurs en rang..... Mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, etc... » Il nous faut subdiviser car, ainsi que nous

l'expliquerons mieux plus loin, ce texte fait ressortir qu'il peut y avoir deux espèces de renonciation subrogative, l'une s'appliquant seulement à l'immeuble vendu, l'autre s'appliquant à cet immeuble vendu et en même temps aux autres immeubles non vendus. Nous allons donc voir successivement ces deux cas.

1^o Renonciation subrogative sur l'immeuble vendu.

Comme nous le disions plus haut les cas de renonciation subrogative se présentent assez rarement dans la pratique, car il est fort rare qu'un acquéreur paie son prix, sans se préoccuper de la situation hypothécaire de l'immeuble qu'il acquiert. Néanmoins, si imprudemment ou par ignorance il a ainsi payé, la subrogation dont il va bénéficier peut lui rendre un immense service. Supposons que l'immeuble soit vendu pour le prix de 50.000 francs. Sur cet immeuble des créanciers hypothécaires sont inscrits pour une somme de 30.000 francs, et la femme du vendeur est créancière de son mari pour une somme de 60.000 francs. L'acquéreur, insouciant, paie son prix au mari, mais avec le consentement de la femme ; malgré son imprudence, il ne court plus de danger car il est subrogé dans le bénéfice de l'hypothèque légale de la femme. Les créanciers inscrits pourraient certes saisir l'immeuble entre ses mains, mais cela ne présenterait aucune utilité pour eux ; en effet, lorsqu'ils voudraient se faire colloquer sur le prix, ils trouveraient l'acquéreur saisi lui-même qui, subrogé dans le bénéfice de l'hypothèque légale de la femme pour la totalité de son prix payé, passerait avant eux dans la distribution. Cette perspective seule sera suffisante certainement pour les décourager et éloigner d'eux l'intention d'une saisie qui ne leur rapporterait rien.

Ces créanciers n'auraient de raison d'agir que si la femme était créancière du mari pour une somme inférieure au prix, par exemple 10.000 francs. Dans ce cas en effet le

paiement fait par l'acquéreur, du consentement de la femme, ne peut le subroger dans le bénéfice de l'hypothèque légale que jusqu'à concurrence de la créance de la femme, c'est-à-dire 10.000 francs. Ainsi, en cas de saisie ultérieure, l'acquéreur ne pourra invoquer cette subrogation que pour 10.000 francs et, pour le surplus, les créanciers postérieurs en rang seront colloqués utilement.

Quoi qu'il en soit, dans tous les cas, nous voyons que le moyen de défense employé par l'acquéreur consiste à utiliser le rang de préférence que conférerait à la femme son hypothèque légale. La femme, après avoir renoncé à son droit de suite sur l'immeuble vendu, a permis à l'acquéreur d'invoquer cependant son droit de préférence, dans la distribution du prix. Le problème se trouve donc être le même que celui étudié précédemment pour la subrogation à l'hypothèque légale à l'égard d'un créancier du mari. Par suite la solution est semblable et, en tant que cette hypothèque légale peut garantir une créance de pension alimentaire au profit de la femme, celle-ci ne peut consentir une telle opération. Dans cette hypothèse la renonciation subrogative est donc nulle. Non seulement l'acquéreur ne pourra pas en profiter ; mais la femme elle-même, bien qu'ayant donné son consentement au paiement du prix entre les mains du mari pourra, en cas de saisie par les créanciers inscrits, être colloquée, dans l'ordre, au rang privilégié de son hypothèque légale. L'acquéreur ne pourra invoquer la subrogation, ni à l'égard des autres créanciers, ni à l'égard de la femme. Pour qu'il puisse utiliser cette subrogation, il lui faudrait en effet se prévaloir de la créance alimentaire de la femme, or nous avons vu que c'est impossible : ce droit est personnel, la femme ne peut y renoncer. L'hypothèque légale qui lui en garantit le paiement a en outre le même caractère d'indisponibilité ; la femme ne peut donc, sous quelque forme que ce soit, permettre à un tiers d'en tirer parti à sa place (1). Toutes

(1) V^o Nast, *op. cit.*, p. 8.

les raisons que nous avons invoquées à ce sujet dans la section qui précède ont leur valeur entière ici sans qu'il soit besoin de les rappeler.

2° *Renonciation subrogative sur tous les immeubles du mari.*

La renonciation subrogative dont nous venons de parler était limitée à l'immeuble vendu, mais l'examen de la loi de 1855 montre que le législateur a prévu un autre cas tout à fait général; l'alinéa 7 de l'article 9 de cette loi se termine en effet par cette phrase dont il est d'ailleurs classique de signaler l'obscurité : « ... Mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme *sur d'autres immeubles du mari*, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe 1 du présent article. » On se demande, à première vue, comment une telle situation pourrait se présenter, car l'acquéreur d'un immeuble ne saurait entrer en conflit avec des tiers cessionnaires de l'hypothèque légale *sur d'autres immeubles du mari*. M. Capitant nous indique cependant un moyen très simple d'expliquer ce texte. Il faut supposer, dit-il, un acquéreur qui, « par surcroît de précautions et en vue d'assurer au besoin son recours en garantie contre le mari, son vendeur, pour le cas où, malgré la renonciation de la femme, il viendrait, pour une cause ou une autre, à être évincé, exigerait d'être subrogé dans l'hypothèque de la femme sur les autres immeubles du mari » (1). Mais alors cet acquéreur, agissant, en cas d'éviction, sur les autres immeubles du mari, agirait en tant que *créancier* de la garantie que lui doit le vendeur. Son utilisation de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme se ferait ainsi exactement dans les conditions examinées à propos des subrogations consenties à un créan-

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, 4^e édit., p. 920.

cier ordinaire. Et nous sommes tout simplement en présence d'un créancier du mari subrogé dans le bénéfice de l'hypothèque légale de la femme. C'est le cas même que nous avons étudié dans notre section deuxième. Nous savons dès lors que cette subrogation est impossible à l'égard de la créance de pension alimentaire. Par conséquent, limitée ou non limitée à l'immeuble vendu, toute renonciation subrogative à l'hypothèque légale est nulle, soit qu'elle découle du consentement donné par la femme au paiement du prix entre les mains de son mari, le vendeur, soit qu'elle ait été consentie d'une façon générale. Elle est sans effet à l'égard de l'hypothèque légale dans la mesure où celle-ci garantit la créance de pension alimentaire.

§ 2. — RENONCIATION ABDICATIVE.

Il est très rare, avons-nous dit, qu'un acquéreur paie son prix sans s'inquiéter de la situation hypothécaire de l'immeuble. Normalement il conservera ce prix jusqu'au moment où il connaîtra cette situation. S'il se révèle des inscriptions hypothécaires, il l'offrira alors aux créanciers et non au vendeur. Et si le montant est suffisant pour désintéresser complètement tous les créanciers, l'acquéreur sera désormais à l'abri de toute saisie. Toutefois il est des créanciers hypothécaires à l'égard desquels il ne peut agir ainsi ; ce sont les créanciers dont l'hypothèque est dispensée d'inscription et notamment la femme du vendeur. Il ne peut lui offrir son prix car elle n'est peut-être pas encore créancière ou tout au moins en état de faire valoir sa créance. Il restera donc exposé à ses poursuites ! Pour éviter ce danger, il peut procéder à la purge (art. 2181 du Code civil) ; mais souvent il se contentera de demander à la femme qu'elle renonce à faire valoir son hypothèque légale sur l'immeuble qu'il vient d'acquérir. Il ne lui demande pas comme précédemment d'être subrogé à l'égard des autres créanciers

inscrits : cela n'aurait pas d'utilité puisqu'il connaît ces créanciers et pu'il peut les désintéresser, il lui demande seulement de renoncer, elle, à exercer à l'avenir le droit de suite que lui confère l'hypothèque légale. C'est la renonciation abdicative. A l'opposé de ce qui se passait dans la renonciation subrogative, la femme ici, en renonçant à son hypothèque légale dans l'acte de vente ou dans un acte ultérieur, conserve donc son droit de préférence sur le prix. C'est au moment où celui-ci sera versé qu'elle pourra, si elle le veut, donner ou ne pas donner son consentement à ce qu'il soit remis au mari. Cette simple renonciation abdicative apparaît dès lors sans danger pour la femme. D'autre part, si l'acquéreur se la voyait refuser, il pourrait entreprendre les formalités de purge et la femme se retrouverait ensuite dans la même situation que si elle avait renoncé : droit de suite éteint sur l'immeuble, mais droit de préférence conservé sur le prix. En renonçant à son hypothèque légale, la femme dispense donc seulement l'acquéreur d'opérer ces formalités de purge. Et d'ailleurs le législateur ne l'a-t-il pas décidé lui-même, dans la loi du 13 février 1889, complétant toujours cet article 9 de la loi de 1855, en écrivant : « La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque en emporte l'extinction et vaut purge à partir, soit de la transcription de l'acte d'aliénation si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation si la renonciation a été consentie par acte authentique distinct » ?

Il semblerait donc que, lorsque l'hypothèque légale garantit une créance de pension alimentaire, bien que celle-ci soit indisponible, la femme peut consentir cette renonciation abdicative qui n'entraîne rien de grave pour la créance et qui au surplus vaut purge. Toutefois, sur cette conclusion, certains auteurs ont émis un premier doute. La renonciation abdicative serait valable, disent-ils, parce qu'elle vaut

purge; mais est-ce que cette purge elle-même est possible à l'égard d'une hypothèque garantissant une créance dont l'indisponibilité est d'ordre public (1) ? Voilà assurément une question préalable qui, si elle devait se résoudre par la négative, serait capitale. Nous allons donc commencer par l'élucider et ensuite nous pourrons plus sûrement nous attacher au problème de la renonciation elle-même.

1° *La purge est-elle possible ?*

Nous devons constater immédiatement que les auteurs qui ont posé cette question n'ont apporté aucun argument en faveur de la négative. La créance de pension alimentaire est d'ordre public, l'hypothèque légale qui la garantit a également le même caractère. C'est uniquement devant cette considération que le doute s'est élevé et qu'on s'est demandé « s'il était possible de purger un droit qui est qualifié d'ordre public » (2). Pour nous il est impossible de s'arrêter devant une telle objection et la question doit se trancher sans hésitation possible par l'affirmative.

La purge est une procédure instituée par le législateur, au profit du détenteur pour permettre à celui-ci d'affranchir, de « nettoyer » son immeuble des privilèges et hypothèques qui le grèvent, de le mettre définitivement à l'abri de toutes poursuites et de pouvoir en profiter en toute sécurité. C'est une institution indispensable dans une législation où existent des hypothèques et principalement des hypothèques occultes. Sans elle, personne ne consentirait à acquérir un immeuble grevé d'hypothèque car personne ne voudrait ainsi s'exposer, après avoir acquis, à être exproprié. La circulation des biens deviendrait à peu près impos-

(1) M. Louis Maguet, *Bulletin de l'Association nationale des Notaires de France*, 15 février 1929, p. 85.

2) M. Louis Maguet, *Bulletin de l'Association nationale des Notaires de France*, 15 février 1929, p. 85.

sible. On peut donc dire que la purge est le complément obligatoire de tout régime hypothécaire. Par suite il faut que, dans tous les cas, le détenteur ait le droit de l'utiliser (1). Et telle a bien été la pensée des rédacteurs du Code civil. L'article 2181 ne fait aucune distinction ni aucune restriction. Il est ainsi conçu : « Les contrats translatifs de la propriété d'immeubles ou droits réels immobiliers que les tiers détenteurs voudront purger de privilèges et hypothèques seront transcrits en entier par le conservateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés... » Remarquons combien le législateur laisse de facilité aux détenteurs ; il ne leur parle pas des cas où il leur est permis de purger, il leur explique seulement comment faire dans l'hypothèse où ils *voudront* purger. C'est donc de leur volonté seule que dépendra la purge et aucune limitation n'est apportée à l'exercice de leur droit, tant celui-ci apparaît, peut-on dire, évident. Plus loin encore l'article 2183 dit : « Si le nouveau propriétaire *veut* se garantir de l'effet des poursuites ». Et enfin, plus spécialement sur le mode de purger les hypothèques, quand il n'existe pas d'inscription sur les biens des maris et des tuteurs, l'article 2193 emploie une formule encore plus nette en disant : « *Pourront* les acquéreurs d'immeubles appartenant à des maris ou à des tuteurs.... purger les hypothèques qui existeraient sur les biens par eux acquis ». La purge est donc bien une procédure laissée à l'entière disposition du détenteur. Notons, d'autre part, tant son existence est basée sur des raisons d'ordre général, qu'elle n'appartient pas seulement à l'acquéreur à titre onéreux : un acquéreur à titre gratuit a le droit de purger aussi bien qu'un acheteur. Les articles 2184 et 2189 mentionnent le donataire et on reconnaît même ce droit au légataire, bien que les textes ne par-

(1) Pourvu, bien entendu, qu'il ne soit pas tenu personnellement à la dette dont l'hypothèque grève son immeuble.

lent que des contrats (1). Par conséquent tous les contrats translatifs de la propriété ou de droits réels immobiliers peuvent être suivis de purge (2). L'article 2181 n'a fait aucune distinction, il a donné au détenteur un droit, de l'exercice duquel ce détenteur est seul juge. Pour pouvoir purger il suffit, en n'étant pas tenu à la dette, d'être exposé au droit de suite (3).

On voit, dès lors, combien la nature des créances peut être indifférente en cette matière. Il n'y a pas un seul texte qui prévoie une limitation au droit de purger basée sur cette considération. Par suite, le caractère d'incessibilité de la créance de pension alimentaire ne peut faire obstacle à la purge de l'hypothèque légale qui la garantit; que cette incessibilité soit même d'ordre public, cela ne peut apporter aucun élément nouveau. La purge ignore la nature des créances. Seuls donc ces termes « ordre public » ont pu faire impression sur certains auteurs et leur faire douter, un instant, de la possibilité de la purge dans ce cas. Mais ce doute est maintenant dissipé. Au surplus, à défaut de clause contraire l'écartant dans le contrat de mariage, l'inaliénabilité dotale aussi est d'ordre public; est-ce que cependant l'acquéreur d'un bien grevé d'une hypothèque légale qui garantit une créance dotale ne peut purger? — Jamais ce droit ne lui a été contesté. Et pourtant la question se poserait de la même façon. Nous voyons donc qu'aucune objection n'est possible; devant une hypothèque légale, garantissant une créance de pension alimentaire, le détenteur pourra néanmoins purger, pour cette seule et simple raison qu'il a toujours le droit de purger. Ce droit lui est conféré sans restriction (4).

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, 6^e édit., t. 2, p. 986.

(2) C'est également sur des considérations d'ordre général semblables que peut se justifier, quels que soient les cas d'espèce, l'expropriation pour cause d'utilité publique, de vente forcée et de faillite.

(3) Comp. Cass. Civ., 6 février 1889, D. P. 1889.1.299 et S. 1889.1.385.

(4) Voir dans ce sens: Capitant, note précitée au D. P. 1922.1.153, —

2^o *La renonciation abdicative à l'hypothèque légale est-elle possible ?*

La femme ne peut donc s'opposer à la purge de son hypothèque légale sur un immeuble que son mari a vendu, même quand cette hypothèque lui assure le paiement d'une pension alimentaire. Maintenant que ce point est bien établi, nous pouvons chercher à savoir si la femme peut renoncer à cette même hypothèque ou, plus exactement, renoncer à son droit de suite sur l'immeuble vendu, c'est-à-dire consentir une renonciation simplement abdicative de son hypothèque. La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur cette question ; mais la plupart des auteurs pensent que la réponse doit être affirmative ; on devrait donc appliquer en cette matière une solution contraire à celle admise pour la subrogation. Le raisonnement est simple. La purge, dit-on, est toujours possible, la femme ne peut l'éviter, or, aux termes de la loi du 13 février 1889, « la renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur... vaut purge ». Par conséquent, en renonçant à cette hypothèque, la femme ne fait que donner son consentement à une chose qu'elle ne peut empêcher. Elle abandonne volontairement ce qu'elle serait incapable de retenir ; elle n'a pas beaucoup de mérite à cela ; autant alors lui laisser le beau geste ! Et d'autre part, ajoute-t-on, si l'on se place au point de vue des conséquences de l'opération consentie, on doit constater que celles-ci ne sont pas graves. La femme, en renonçant, ne se prive pas du tout du bénéfice de sa garantie, elle dispense simplement, en réalité, l'acquéreur de procéder aux formalités de la purge. En effet, et toujours aux termes de la même loi, en renonçant à son droit de suite sur l'immeuble, elle « conserve son

droit de préférence sur le prix ». Lors de la distribution de ce prix, elle a donc le même droit que si elle avait usé elle-même, au préalable, de son droit de suite en faisant saisir et vendre l'immeuble. En outre ce prix ne peut être détourné de sa destination car l'acquéreur ne pourra le payer sans le consentement de la femme et celle-ci sera alors colloquée au rang privilégié que lui assure son hypothèque. C'est bien là une situation complètement différente de celle qui se rencontre en cas de subrogation. Dès lors, pourquoi la renonciation consentie par la femme serait-elle nulle en tant que son hypothèque légale protège spécialement son droit éventuel à des aliments? D'une part la femme ne peut s'opposer à une procédure qui en est l'équivalent; d'autre part, en la consentant, elle conserve son droit intact quant au rang auquel sa créance lui sera payée. Ce sont là deux raisons suffisamment fortes pour admettre la validité de cette renonciation à l'hypothèque légale (1). Malgré les noms de certains des auteurs qui défendent cette théorie, nous ne pouvons nous résoudre à la suivre. Les arguments présentés nous semblent, en effet, critiquables.

La femme, dit-on, peut renoncer à son hypothèque légale parce qu'elle ne peut s'opposer à la purge qui est l'équivalent de sa renonciation. Il nous semble qu'en raisonnant ainsi on est dupe des mots. A propos de la subrogation nous avons rencontré cette question : « est il permis de faire indirectement ce que la loi interdit de faire directement ? » Nous avons répondu par la négative. On peut poser ici une question parallèle : « est-il permis de faire ce à quoi on peut s'opposer ? » Nous croyons vraiment qu'à cette interrogation on doit, dans bien des cas, répondre également : non. Si la purge et la renonciation ont le même résultat, cela ne veut pas dire que, si l'acquéreur est libre

(1) Voir dans ce sens : Capitant, note précitée au D. P. 1922.1.153. — Fauvel, *op. cit.*, année 1922, art. 33052, p. 142. — François Roger, *op. cit.* 20 nov. 1929. — Nast, *op. cit.*, 15 janvier 1930, p. 7 et 8.

de faire une opération juridique, la femme du vendeur ait le droit d'y consentir à l'avance. La purge et la renonciation procèdent de deux droits essentiellement différents : le premier ayant sa source en la personne de l'acquéreur, le second ayant cette source en la personne de la femme. La purge est donc un événement extérieur qui ne peut venir éclairer la nature du droit de la femme quant à la renonciation. Ce dernier doit être étudié uniquement en la personne de son titulaire. Il y a là deux matières d'origine absolument distinctes. D'ailleurs, si le raisonnement que nous critiquons était exact, comme il est général, on en déduirait que, dans tous les cas où la femme ne peut s'opposer à la purge, elle a le droit de renoncer. Une femme dotale pourrait donc renoncer à son hypothèque légale sur l'immeuble que vend son mari car elle aussi ne peut s'opposer à la purge. Le contraire n'est cependant même pas l'objet d'un doute (1). Cette fantaisie juridique à laquelle on arrive est pourtant une conclusion logique ; elle suffit, à elle seule, à faire rejeter la théorie qui y conduit. On voit donc nettement que la faculté, pour l'acquéreur, de purger ne donne aucune justification au pouvoir, pour la femme, de renoncer.

D'autre part, pour déclarer la renonciation possible, on s'appuie surtout sur le fait que le législateur a écrit lui-même dans la loi du 13 février 1889 : « la renonciation... vaut purge ». Mais ce texte ne se suffit pas à lui-même. L'article unique de cette loi débute ainsi : « Il sera *ajouté* à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 une disposition ainsi conçue... » Ce texte ne *remplace* pas, il *ajoute* ; il constitue donc une suite et, pour l'interpréter, il faut alors prendre connaissance du début. C'est-à-dire encore que, pour en saisir le sens, il faut lire l'article 9 tout entier. Or celui-ci commence par ces mots : « Dans le cas où les femmes

(1) Voir ci-dessus la note 27.

peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer... » Toute la suite du texte doit s'interpréter par référence à cette observation préliminaire. Par conséquent les dispositions de cet article se lisent de cette façon : « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer... la renonciation vaut purge... » On voit alors que cette renonciation vaut purge mais... dans le cas seulement où la femme peut la consentir. Le législateur a fait un simple rapprochement quant aux effets des deux opérations et son texte ne vise pas du tout à la fois, pour les assimiler, les cas où elles peuvent avoir lieu. Il se place uniquement dans l'hypothèse où la renonciation est possible. L'article 9 ne s'occupe pas de la purge, il cite ce mot, en passant, pour indiquer certains traits communs ; mais son objet principal, c'est la subrogation et la renonciation à l'hypothèque légale. Or dès le début, en disant : « Dans le cas où les femmes peuvent renoncer à leur hypothèque légale... », il manifeste assez clairement que, dans sa pensée, il est des cas où cette renonciation n'est pas possible. C'est donc avoir renversé les termes du problème que d'avoir raisonné en disant : la purge est toujours possible, or la renonciation vaut purge, donc la renonciation est toujours possible. C'est là une argumentation absolument contraire à la simple compréhension grammaticale du texte, qui, dès les premiers mots, prend soin de bien préciser le cas où il doit s'appliquer. Et, pour nous, l'un des cas où il ne peut s'appliquer est notamment celui où l'hypothèque légale de la femme garantit sa créance de pension alimentaire contre son mari.

Maintenant portons notre attention sur l'expression elle-même : « la renonciation vaut purge. » Là encore il faut se garder d'une conclusion hâtive et on se trompe également si l'on veut interpréter ces mots dans le sens que la renonciation a tous les effets de la purge. Le législateur dit : « la renonciation par la femme a son hypothèque légale... en

emporte l'extinction et vaut purge » ; par conséquent elle vaut purge en ce sens qu'elle emporte extinction de l'hypothèque et, plus exactement, extinction du droit de suite. Après la purge, comme après la renonciation, la femme ne peut plus faire saisir l'immeuble grevé par son hypothèque légale ; mais là doit s'arrêter la comparaison. Il est impossible d'assimiler complètement les conséquences des deux opérations. On ne peut accuser notre interprétation d'être trop littérale car les différences sont d'ailleurs incontestables. Si la femme se trouve avoir à répondre à une procédure de purge, elle peut en effet, d'après l'article 2185 du Code civil, porter une surenchère du dixième et faire remettre l'immeuble en vente. Si au contraire elle a renoncé à son hypothèque légale, elle n'a pas cette faculté ; elle doit accepter le prix tel qu'il a été fixé. On objecte à cela que la femme pourra ne pas utiliser cette faculté de surenchérir. Assurément, mais là n'est pas la question. Nous voulons montrer que la purge et la renonciation ne peuvent être identifiées dans leurs conséquences et nous signalons seulement une différence très importante. On peut supposer que la vente a été consentie pour un prix insuffisant ; si la femme a renoncé à son hypothèque légale, elle ne pourra cependant plus le faire changer ; en cas de purge elle en aurait au contraire le moyen. La renonciation est donc plus grave que la purge et ici encore on voit combien c'est à tort qu'on voudrait tirer, des mots employés par le législateur, un argument d'analogie et une généralisation. En renonçant à son hypothèque légale, la femme apporte donc à son droit à l'égard de sa créance une restriction plus importante que celle qui résulterait de la procédure de purge. Or, dans la purge, la femme a un rôle passif, mais ici elle a un rôle actif et tout acte de sa part doit lui être interdit, dans la mesure où il risque d'atteindre la créance alimentaire qui est indisponible.

Étudions enfin le dernier argument. En renonçant à

son hypothèque légale la femme renonce seulement à son droit de suite sur l'immeuble ; mais conserve son droit de préférence sur le prix. Par conséquent, dit-on, elle ne peut éprouver aucun préjudice. Au lieu que ce soit elle qui ait fait saisir l'immeuble pour se faire payer, elle trouve le prix offert et sur celui-ci se fait colloquer au rang que lui assure son hypothèque. C'est là un raisonnement qui paraît très juste ; mais a-t-on réfléchi à la manière dont pratiquement ce droit de préférence, survivant au droit de suite, pourra être exercé ? Si la femme était créancière *actuelle* d'une pension alimentaire contre son mari au jour de la collocation, l'opération serait en effet sans grand danger pour elle, sauf ce que nous avons dit à l'instant sur son impossibilité de surenchérir. Mais, dans l'immense majorité des cas, le jour où l'acquéreur offrira son prix, la femme ne sera que créancière *éventuelle*. Peut-être quelques années plus tard, à la suite d'un jugement de séparation de corps ou de divorce, elle deviendra titulaire d'une créance alimentaire. Pour celle-ci, l'hypothèque légale prendra bien rang rétroactivement au jour du mariage, c'est-à-dire avant la vente consentie par le mari. Mais ce n'est pour le moment qu'une hypothèse et il n'en est pas moins vrai qu'au jour où le prix de vente est payé, la femme, ne pouvant prouver l'existence d'une créance, ne peut se faire colloquer. Et notons bien que cela n'est pas spécial à la créance alimentaire. La même remarque doit se faire pour toutes les créances éventuelles, par exemple celles résultant des détériorations que le mari peut commettre sur les biens de sa femme et qu'il est impossible de chiffrer, même de prévoir, avant qu'elles soient apparues. Or à l'égard de telles créances la femme ne peut « ni demander une collocation provisoire ni exiger aucune mesure conservatoire ». (1) Elle a donc conservé un droit qui est inutilisable et qui se

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, 4^e édit., t. 2, p. 998.

trouve ainsi bel et bien perdu. Voilà le résultat réel auquel a conduit la renonciation « simplement » abdicative ! En la consentant, la femme s'est engagée dans une voie qui, au début, a paru inoffensive, mais de laquelle elle ne peut plus se dégager et qui, en définitive, lui fait perdre irrévocablement, sur l'immeuble vendu, tout le bénéfice que lui confère son hypothèque légale à l'égard de sa créance éventuelle de pension alimentaire. On peut bien dire ainsi que la femme, sous une nouvelle forme, s'est dépouillée *indirectement* de ce que la loi ne lui permet pas d'aliéner et nous savons encore que cela n'est pas possible. Au lieu d'emprunter, on peut supposer que le mari vende ses immeubles et ceux de la communauté les uns après les autres ; dans ce cas la situation de la femme ne serait-elle pas encore plus critique que devant une série d'emprunts hypothécaires faits par son mari ? Les dettes n'absorbent peut-être pas toute la valeur d'un gage tandis que l'aliénation le supprime radicalement. De ce nouveau point de vue : l'intérêt de la femme, on voit donc bien qu'il n'y a pas de raison de permettre la renonciation après avoir interdit la subrogation.

Ainsi, de quelque côté qu'on les envisage, les différents arguments, en faveur de la possibilité de la renonciation, font apparaître leur fragilité. Celle-ci provient du fait qu'ils n'ont été mis en avant, on peut bien le dire, que pour les besoins de la cause. On a reculé devant les conséquences pratiques que l'interdiction de la renonciation par la femme à son hypothèque légale dans les actes d'aliénation entraînerait fatalement et, pour les éviter, on a tenté de justifier la théorie opposée. Mais celle-ci ne peut être admise. Pour le moment nous étudions la question juridique seule ; nous n'avons pas encore à juger les conséquences, mais seulement à les tirer ; or il n'est pas permis d'oublier le raisonnement fondamental sur lequel on s'est fondé pour déclarer la subrogation impossible. La créance de pension alimen-

taire est frappée d'une indisponibilité totale, l'hypothèque, accessoire d'une créance, prend le caractère de cette dernière; par conséquent l'hypothèque légale, qui garantit la créance de pension alimentaire de la femme, est également indisponible. Ce raisonnement n'était pas spécial à la subrogation, il était absolument général et doit s'appliquer ici comme précédemment : la femme ne peut ni subroger les tiers dans le bénéfice de cette hypothèque ni y renoncer. Nous avons dit que l'hypothèque qui garantit une créance indisponible est également indisponible; cela signifie évidemment que ses divers éléments sont frappés de cette indisponibilité : le droit de suite aussi bien que le droit de préférence. Il ne peut y avoir de distinction possible. Après avoir dit que l'hypothèque était incessible, il serait pour le moins étrange de vouloir la disséquer en deux parties et de déclarer que l'une seule est incessible. Quand un immeuble, pour une raison ou une autre, est déclaré inaliénable, il ne viendrait à l'idée de personne de prétendre que seul, par exemple, l'usufruit est inaliénable; mais que la nue propriété peut être aliénée. C'est pourtant une prétention semblable qu'on voudrait faire admettre ici. On ne peut y souscrire. Si une hypothèque est inaliénable cela veut dire qu'elle est inaliénable pour le tout comme pour chacune de ses composantes. Il faut raisonner avec rigueur et, comme on l'a d'ailleurs fait remarquer, « il ne peut y avoir deux poids et deux mesures » (1). La question est exactement la même, qu'il s'agisse de subrogation ou de renonciation. Nous devons donc décider que la femme ne peut consentir, dans les actes d'aliénation faits par son mari, de renonciation subrogative ou simplement abdicative à son hypothèque légale, en tant que celle-ci peut garantir une créance éventuelle d'aliments. Sous quelque forme que ce soit, la femme ne peut compromettre ni cette créance, ni l'hypothèque légale qui s'y attache,

(1) Maguet, *op. cit.*, p. 82,

La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur cette question; mais il semble bien que ce soit dans le sens que nous indiquons qu'elle doive le faire, quand elle en aura l'occasion. Ne déclarait-elle pas dans son arrêt de 1921 que toute renonciation « totale ou *partielle* aux garanties légales » de la pension alimentaire était nulle comme contraire à l'ordre public aussi bien que la renonciation au droit éventuel à cette pension lui-même? Il apparaît bien qu'elle faisait ainsi comprendre qu'en cette matière il n'y avait aucune discrimination à faire parce que le principe qui la dominait était absolu. C'est bien dans ce sens d'ailleurs que certains tribunaux ont déjà interprété les termes de l'arrêt de la Cour Suprême. Un jugement du tribunal civil de Boulogne (1) énonce que si la décision de la Cour de cassation « vise le cas de subrogation, cette décision s'applique implicitement au cas de renonciation puisqu'elle prohibe tous actes au moyen desquels la femme serait amenée à rendre illusoire sa créance alimentaire en se dépouillant des biens qui garantissent celle-ci. » Un arrêt de la Cour de Paris (2) décide, dans le même sens, qu'un conservateur ne peut se refuser à radier une inscription d'hypothèque garantissant le recouvrement des termes déjà échus d'une pension alimentaire; mais la Cour fonde bien son arrêt sur ce fait que cette hypothèque « ne conservait que des termes échus ». Il résulte clairement de ses attendus qu'il en serait différemment, s'il s'agissait de termes à échoir, parce que la femme ne peut renoncer à son hypothèque lorsque celle-ci garantit une créance alimentaire éventuelle.

Nous voici donc amené à la conclusion générale de ce chapitre : l'évolution que nous avons dégagée s'est poursuivie. Elle est tout entière dans le sens d'une fermeté de plus en plus marquée dans l'affirmation du lien entre la

(1) Trib. civ. de Boulogne-sur-mer, 27 février 1925, *G. Pal.*, 1925.1.675.

(2) Paris, 10 juin 1925, *G. Pal.*, 1925.2.641.

créance et l'hypothèque. Les difficultés ont été longues, les discussions laborieuses, la jurisprudence quelquefois hésitante. La conquête a été pénible, mais s'est faite tout de même avec ténacité et succès car elle avait à son service la logique; or on peut résister plus ou moins longtemps à la logique, mais on finit toujours par devoir s'incliner devant elle. Après avoir vu l'hypothèque légale garantir la créance alimentaire éventuelle, bénéficier d'un rang de faveur en remontant au jour du mariage, nous la voyons enfin se revêtir du caractère d'indisponibilité du principal dont elle est l'accessoire, si bien que la femme, incapable de compromettre sa créance d'aliments, ne peut ni subroger les tiers dans le bénéfice de cette hypothèque qui la garantit, ni y renoncer. La progression est terminée et les principes qui l'ont guidée trouvent leur complet épanouissement.

CHAPITRE IV

Essai de systématisation des différentes pensions alimentaires servies à la femme en cas de séparation de corps ou de divorce.

L'indisponibilité, nous l'avons montré, découle du caractère alimentaire de la créance. Et cette conception a entraîné l'évolution que nous avons indiquée : l'hypothèque légale garantissant cette créance est elle-même indisponible et la femme ne peut consentir à son égard les opérations habituelles de la subrogation et de la renonciation.

En outre, toutes ces conséquences, ne l'oublions pas, reposent sur ce fait fondamental, que nous avons dégagé dans notre premier chapitre, à savoir que la créance de pension alimentaire a sa source dans le mariage, et qu'elle est attribuée à la femme en sa qualité de femme mariée. C'est à cause de cette origine d'abord que l'hypothèque légale la garantit et ensuite prend rang au jour de la célébration du mariage. Et ce rang privilégié est ce qui donne toute son importance à la discussion sur la possibilité ou l'impossibilité des subrogations et renonciations à l'hypothèque légale.

Mais une pension alimentaire peut être servie à la femme dans plusieurs cas :

- 1^o Elle peut lui être versée, à titre personnel, à la suite d'un jugement de séparation de corps ;
- 2^o Elle peut lui être versée, à titre personnel, à la suite d'un jugement de divorce ;

3^o Elle peut enfin lui être versée, à la suite d'un jugement de séparation de corps ou de divorce, non plus pour elle-même, mais pour les enfants issus du mariage et dont elle a la garde.

Or jusqu'ici nous n'avons fait aucune distinction. Nous avons volontairement raisonné en général, ainsi encore que nous l'avons indiqué à la fin de notre premier chapitre, nous réservant d'ailleurs de justifier cette méthode. Il était donc clairement entendu dans les développements qui précèdent que ceux-ci s'appliquaient, mais s'appliquaient seulement à la créance de pension alimentaire ayant sa source dans le fait du mariage.

Dès lors la question qui se pose maintenant est la suivante : dans quelle mesure ces développements peuvent-ils s'appliquer aux trois créances que nous avons énumérées ? Le moyen de le savoir, nous venons de l'indiquer, c'est de rechercher :

- a) *Si ces créances ont leur source dans le fait du mariage,*
- b) *Si elles sont des créances alimentaires.*

Assurément, il semble tout d'abord qu'il y ait, entre les créances en question, des différences très sérieuses. Nous allons donc étudier à ces deux points de vue ces trois créances successivement.

Nos discussions et conclusions relatives au régime de l'hypothèque légale ont toute leur valeur si les réponses aux questions précédentes sont affirmatives ; elles doivent être rejetées si les réponses sont négatives. Le sens de notre recherche actuelle est donc de délimiter le domaine d'application des développements contenus aux chapitres qui précèdent. Or, en cette matière, nous allons constater que, sans être, à l'heure actuelle, aussi avancée que celle notée précédemment et concernant le lien étroit existant entre l'hypothèque et la créance garantie, une nouvelle évolution peut s'apercevoir. Par conséquent s'il nous arrive de ne

pouvoir, sur ce sujet, avoir encore des conclusions totales, nous pourrions, en tout cas, dégager le sens dans lequel progresse le droit et en tirer ainsi de très utiles enseignements pour l'avenir.

SECTION PREMIÈRE.

La créance personnelle de pension alimentaire au profit de la femme séparée de corps.

Pour cette première créance les questions sont faciles à résoudre, et de plus elles se résolvent en même temps. Tous les arguments que nous avons exposés à la section deuxième de notre premier chapitre, pour repousser la théorie qui voyait la source de la créance de pension alimentaire dans le jugement, se développent avec aisance. En les exprimant, c'est précisément à cette créance personnelle de la femme séparée de corps que nous songions principalement. C'est en effet le cas le plus net ; c'est également celui que la jurisprudence a dû envisager en premier lieu (1) et, pouvons-nous dire, qu'elle a tranché depuis longtemps. La doctrine, de même, est à peu près unanime (2). Il s'agit donc ici d'une matière sur laquelle l'accord est vraiment acquis à l'heure actuelle. Un fait capital facilite en effet les recherches ici ; c'est qu'en cas de séparation de corps le mariage existe toujours. Les liens sont relâchés, mais non rompus. Par conséquent la créance de la femme séparée de corps, contre son mari, reste une créance de femme mariée. C'est un premier point indiscutable et il est

(1) Cass. Civ., 25 juin 1895, D. P. 1897.1.553.

(2) Voir notamment : Planiol, Ripert et Rouast, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, La Famille, n° 678. — Planiol, Ripert et Becqué, *op. cit.*, Les sûretés réelles, n° 477. — Colin et Capitant, *op. cit.*, 4^e édit., t. 2, p. 904. — Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit., t. 3, § 264 *ter*, texte et note 8 *bis*. — Capitant, note précitée au D. P. 1922.1.154. — Audinet, note précitée au S. 1923.1.353. — Nast, *Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement*, 15 janvier 1930, p. 3.

d'importance. En effet ces époux mariés, quoique séparés, se doivent mutuellement, d'après l'article 212 du Code civil « secours et assistance ». Cette obligation réciproque prend naissance à l'instant même de la célébration du mariage. Envisagée du point de vue de la femme, elle a donc son fondement dans sa qualité de femme mariée et dure évidemment pendant tout le cours du mariage. Qu'une séparation de corps intervienne, le mariage n'en continue pas moins ; par conséquent l'obligation alimentaire continue également : le mari doit toujours, après comme avant cette séparation de corps, apporter à sa femme secours et assistance. Il lui doit, dit l'article 214 du Code civil, « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état ». Tant que dure la vie commune, il s'acquitte de cette obligation par l'apport de son travail, de sa fortune, de ses soins, de sa présence. Quand, après la séparation, la cohabitation a cessé, il ne peut pluss'en acquitter de cette façon, mais il y est toujours tenu cependant puisque le mariage subsiste. Et cette obligation, à laquelle le mari est astreint, est si bien inchangée, quant à sa nature, qu'il en est tenu même s'il est innocent. Voilà pourquoi le mari va s'en acquitter sous une forme nouvelle nécessitée par la situation où les époux se trouvent désormais, en servant à sa femme une pension alimentaire. Celle-ci, il faut bien lui fixer un premier chiffre et c'est ce que fait le jugement. Mais elle sera, par la suite, susceptible d'augmentation ou de diminution, car le mari la doit toujours, selon ses facultés et sa situation, de même qu'en cas de vie commune il se serait acquitté de son devoir de secours et d'assistance en suivant les variations de ses possibilités. Le jugement de séparation de corps ne confère donc pas à la femme un droit nouveau ; il déclare seulement comment le droit de secours qu'elle tient de son mariage doit être évalué, comment il est possible qu'il soit exécuté désormais, puisque le mode normal est devenu impraticable. Cette pension

alimentaire est donc la mise en œuvre du devoir de secours lui-même, dont le mode d'exécution seul a changé et l'origine du droit de la femme reste toujours dans l'article 212 du Code civil, dans le fait du mariage.

La jurisprudence est d'ailleurs fixée sur ce point et il ne peut y avoir de doute quant aux conséquences qu'entraîne cette conception. La Cour de cassation les a pleinement acceptées puisque précisément, dans son arrêt du 12 décembre 1921 (1), elle a fondé ses décisions sur ces deux faits que la créance de la femme séparée de corps, a sa source dans le mariage et est une créance indisponible par suite de son caractère alimentaire. Quant aux auteurs, ils ne marquent actuellement aucune hésitation. Sur cette première créance la certitude est donc complète : toutes nos solutions doivent s'appliquer.

SECTION DEUXIÈME.

La créance personnelle de pension alimentaire au profit de la femme divorcée.

Dans le cas de séparation de corps, un fait, avons-nous dit, facilitait le problème : c'est que le mariage existe toujours entre mari et femme séparés. Ici un fait le rend particulièrement compliqué, c'est qu'entre époux divorcés le mariage est dissous. La vie commune ne cesse pas seulement d'exister, c'est tous les liens du mariage qui sont rompus. Et cela à tel point que, si des époux divorcés veulent, par la suite, se réunir et donner à leur union tous les caractères du mariage, ils doivent procéder à une nouvelle célébration du mariage. Le divorce est donc une liquidation complète du passé ; c'est un nouveau point de départ. Une transformation aussi profonde et aussi radicale implique une réorganisation sur des bases nouvelles. Il y a eu des

(1) Cass. Civ., 12 déc. 1921, D. P. 1922. I. 153.

fautes, il faut les découvrir ; il y a un préjudice, il faut le réparer ; il y a eu des intérêts communs, il faut les liquider : il faut mettre un terme définitif à ce mariage qui a échoué. Chacun ensuite reprendra sa complète liberté d'action et les époux divorcés seront redevenus totalement étrangers l'un à l'autre.

C'est dans ces conditions que l'article 301 du Code civil édicte les dispositions suivantes : « Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire ». Ainsi, après le divorce, l'un des ex-époux peut être dans le besoin ; dans ce cas, s'il est innocent, il obtiendra une pension alimentaire de l'époux coupable. Mais quelle est la source de ce droit ? C'est le divorce évidemment, est-on tenté de répondre, puisque le divorce classe le passé et rétablit l'équilibre pour une vie nouvelle. Mais c'est peut-être cependant le mariage ! Et d'autre part, cette pension présente-t-elle ou ne présente-t-elle pas un caractère alimentaire ? Ce sont là des questions célèbres. Tout dépend assurément de la nature et du but qu'on reconnaît à cette pension alimentaire et, sur ce point, combien ont été laborieuses et souvent obscures les discussions. De toutes celles-ci, il est heureusement possible, à l'heure actuelle, de dégager les idées essentielles et ce problème, après la longue période de clarification qui lui a été nécessaire, laisse désormais apparaître des principes certains qui guident vers une décision ferme.

Deux théories, absolument opposées, sont aux prises et assurément méritent toute notre attention, aussi sommes-nous obligé d'en exposer brièvement les principes fondamentaux.

1^o *Théorie indemnitaire.* — Le divorce cause un grave préjudice à l'époux innocent et il est normal que l'époux coupable répare le dommage qu'il occasionne en versant une indemnité : cette indemnité est la pension établie par l'article 301. Le fondement de cette pension est donc le principe général de la responsabilité, posé par l'article 1382 du Code civil et, le fait dommageable étant le divorce, c'est dans ce jugement de divorce que se trouve la source du droit à pension. On admet donc, en somme, que l'article 301 n'est que l'article 1382 appliqué à une matière spéciale : le divorce, avec cette autre conception corrélatrice que la pension de l'article 301 est la seule réparation qui puisse être accordée. (Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*)

Il ne peut être question dans cette théorie de reconnaître dans le mariage une base, même lointaine, de la pension allouée à la femme par un jugement de divorce. Ce jugement est constitutif d'un droit nouveau. Et les auteurs, tour à tour, recherchent la formule la plus vigoureuse pour exprimer leur pensée. Cette base, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, « ce ne peut être le devoir de secours établi par l'article 212, car le divorce brise le mariage et met fin aux obligations qu'il engendre » (1) ; elle est, disent MM. Colin et Capitant, « dans le principe de l'article 1382. C'est une base délictuelle... c'est la réparation du préjudice injustement subi » (2) ; la source de la pension de l'article 301, dit encore M. Planiol, « ce n'est plus un devoir entre conjoints, puisqu'il n'y a plus de conjoints, c'est l'obligation de réparer pécuniairement les conséquences d'un acte illicite. Cette obligation après le divorce a donc au plus haut degré le caractère d'une indemnité ; elle est destinée à restituer au conjoint pauvre un peu des ressources dont il est désormais privé par la faute de

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Droit civil*, Des personnes, édit. 1900, t. 3, n° 289.

(2) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. 1, p. 367.

l'autre » (1). On voit que ces auteurs ont évidemment une conviction profonde ; les arguments sur lesquels ils se fondent sont cependant peu nombreux ; mais ils les tiennent pour primordiaux.

C'est tout d'abord la place de l'article 301 ; celui-ci se trouve, dans le Code, au Livre I, titre VI, chapitre III, intitulé : « Des effets du divorce ». Par conséquent, la pension de l'article 301 est bien rangée parmi ceux-ci et n'a pas sa source dans le mariage. S'il en était autrement, si l'article 301 reposait sur le même fondement que l'article 212, il ferait double emploi avec lui et on s'expliquerait mal qu'il n'y fasse aucune allusion. Enfin n'est-il pas évident que le divorce est dommageable pour l'époux innocent, que, dès lors, ce qui est accordé à ce dernier a pour but de réparer le préjudice subi, que c'est donc une indemnité constituant une application de l'article 1392 et que celle-ci, le mariage étant absolument anéanti, a sa source dans l'acte qui organise l'état de choses nouveau, c'est-à-dire le jugement.

2^o *Théorie alimentaire*. — Le divorce rompt le mariage ; mais enfin l'époux qui le subit a respecté, lui, toutes les obligations du mariage. Il était en droit d'espérer la même attitude de la part de son conjoint. La faute de l'un ne peut diminuer les droits de l'autre, ni en modifier la nature. Après le prononcé du divorce, l'époux qui n'a rien à se reprocher doit donc, en justice, recevoir, autant qu'il est possible, les prestations auxquelles il avait droit dans l'état de choses antérieur que, seule, la faute de l'autre époux a brisé. A l'égard de l'époux innocent, en cas de divorce, la pension servie doit donc, comme en cas de séparation de corps, être la continuation du droit de secours, car cet époux ne peut être privé des conséquences favorables découlant pour lui du contrat passé, lors du mariage, devant

(1) Planiol, *op. cit.*, t. I, n^o 1259.

l'officier de l'état-civil et qu'il a respecté en tous points. Cette théorie, nous le disions bien, est totalement opposée à la précédente. Demante, en 1881, étudiant les conséquences du divorce, non encore rétabli à cette époque, disait : « Le divorce, en dissolvant le mariage, détruisait évidemment le devoir mutuel de secours et d'assistance et néanmoins la loi faisait survivre jusqu'à un certain point, en faveur de l'époux qui obtenait le divorce, le devoir de son conjoint. Il pouvait donc obtenir sur les biens de celui-ci une pension alimentaire » (1). Huc précisait cette idée de survie en écrivant : « l'obligation unilatérale, créée par l'article 301, quoique tout à fait distincte de l'obligation réciproque ayant son principe dans l'article 212, est cependant un prolongement de cette dernière. C'est parce que le conjoint coupable a commencé à être tenu en vertu de l'article 212 qu'il continue à être tenu, dans des limites moins larges, en vertu de l'article 301 » (2) Mais c'est surtout Laurent qui fut l'ardent défenseur de cette théorie, il le fut principalement en montrant ce que la théorie indemnitaire avait d'illogique dans l'étude des caractères de la pension de l'article 301. Comment, dit-il, peut-on voir dans celle-ci une indemnité ? « Le texte dit le contraire. C'est une pension alimentaire que l'article 301 accorde à l'époux innocent, elle a pour objet d'assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce. Il s'agit donc d'aliments et non d'indemnité... Si c'était une indemnité, l'époux demandeur y aurait toujours droit, qu'il soit dans le besoin ou non, car le divorce lui cause toujours un préjudice. Cependant il n'y a pas droit s'il n'est pas dans le besoin. Donc ce n'est pas une indemnité... Si c'était une indemnité, la créance, une fois évaluée, entrerait dans le patrimoine de l'époux créancier et il ne pourrait plus en être privé. Cependant la loi déclare que la pension est révocable dans le cas où elle

(1) Demante, *Cours analytique de droit civil*, t. 1, n° 341.

(2) Huc, *Commentaire théorique et pratique de droit civil*, t. 2, p. 415.

cesserait d'être nécessaire. Conçoit-on une indemnité, due à raison d'un préjudice, qui cesse d'être due quand le créancier n'est pas dans le besoin ? La révocabilité de la pension prouve, à l'évidence, qu'il s'agit d'aliments et non d'indemnité... La quotité de la pension est fixée d'après la fortune des époux. Conçoit-on une indemnité qui ne peut dépasser le tiers des revenus du débiteur bien que le préjudice soit plus élevé ? » (1) La pension de l'article 301 est donc bien une pension alimentaire et, d'autre part, ce droit aux aliments, l'époux bénéficiaire ne peut le trouver qu'à un endroit, c'est dans l'article 212, dans le droit de secours qu'il tient du mariage. Cette deuxième théorie, nous devons le reconnaître, ne présente pas moins de force que la première.

Les conséquences qui découlent de chacune d'elles sont naturellement très différentes ; nous allons les voir maintenant en considérant l'attitude de la jurisprudence. Celle-ci, à la vérité, semble avoir été très embarrassée du point de vue théorique ; elle a surtout considéré les conséquences pratiques auxquelles elle voulait aboutir et pour cela elle n'a pas eu d'autre méthode que de puiser tantôt dans une théorie tantôt dans une autre. Cela n'a pas été évidemment sans que souvent elle ait eu de véritables difficultés pour justifier ses solutions. S'agit-il d'établir la pension ! la jurisprudence alors, le plus souvent, pose, comme condition, l'existence du besoin chez le créancier, en quoi elle suit la théorie alimentaire (2). S'agit-il de la date à laquelle doit exister ce besoin ! Tantôt elle décide qu'elle doit se placer au plus tard au moment du divorce, sous-entendant ainsi que cette pension a le caractère d'une indemnité et ne peut réparer des préjudices postérieurs (3). Tantôt, favorable plutôt au caractère alimentaire, elle admet que le besoin peut

(1) Laurent. *op. cit.*, t. 3, p. 311.

(2) Cass. Civ., 27 janvier 1890, D. P. 1890.1.447.

(3) Riom, 27 janvier 1887, S. 1888.2.215. — Paris, 16 juin 1888, S. 1889.2.103.

se révéler plus tard et dès lors qu'il peut être alloué une pension par jugement postérieur au divorce (1). S'agit-il enfin de fixer le montant de la pension ! On voit la jurisprudence admettre que celle-ci peut être augmentée, réduite ou supprimée, en se fondant sur la théorie alimentaire (2). Mais on voit également des arrêts, pour justifier le refus d'augmentation de la pension, prétendre que celle-ci a le caractère d'une indemnité en vertu de l'article 1382 et par conséquent est définitive (3). La même divergence se rencontre quant aux garanties légales de la pension et notamment à l'hypothèque légale. Ici la jurisprudence semble vraiment décidée à assurer le bénéfice de l'hypothèque légale à la femme créancière ; mais c'est alors les motifs qui ne sont pas toujours solides. Elle a déclaré, pour justifier sa décision, que « cette pension n'est que l'application de la dette alimentaire que le mariage crée entre les deux époux et qui survit à la dissolution par un effet spécial de la loi » (4). Elle se référerait ainsi à la théorie alimentaire voyant la source de la créance dans le mariage et en tirait une conclusion normale. Mais pour justifier cette hypothèque, elle s'est aussi bien servie de la théorie indemnitaire en disant que la pension est « une réparation du préjudice causé » par la dissolution anticipée du mariage et que de ce fait il résulte que la pension « est protégée par l'hypothèque de l'article 2121 » (5). Alors, on peut dire que la conclusion n'est pas d'une logique très rigoureuse ; le raisonnement est vraiment obscur. Mais c'est surtout dans les causes d'extinction de la créance de l'article 301 que les conséquences des deux théories en présence marquent leur divergence et que dès lors la jurisprudence

(1) Montpellier, 19 mars 1901, S. 1905.2.57. — Poitiers, 29 mai 1922, D. P. 1922.2.111.

(2) Cass. Civ., 18 oct. 1926, D. P. 1927.1.101. — Poitiers, 23 mai 1927, *G. Pal.* 1927 (2^e sem.), 410.

(3) Dijon, 25 juillet 1924, *G. Pal.* 1924 (2^e sem.), 678.

(4) Bordeaux, 16 mai 1909, D. P. 1910.2.192.

(5) Cass. Req., 15 déc. 1909, D. P. 1911.1.25.

a dû exercer son adresse. Si cette créance est une créance d'aliments, elle est indisponible; son titulaire ne peut y renoncer : la jurisprudence l'a admis (1). Si c'est une indemnité, il peut y renoncer : la jurisprudence l'a également admis (2). Les divergences sont les mêmes et pour les mêmes causes en cas de nouveau mariage du créancier ou en cas de faillite du débiteur. Enfin le décès devrait présenter l'occasion d'un critérium sûr. Si la pension est alimentaire, elle est personnelle aussi bien à l'égard du débiteur que du créancier; par conséquent, elle doit s'éteindre au décès du débiteur; et d'autre part, basée sur une survivance des conséquences du mariage, elle ne peut survivre au décès qui eût dissous le mariage de façon normale. Au contraire, si cette pension est une indemnité, elle survit évidemment au débiteur car elle grève ses biens. C'est cette dernière solution qu'adopte la jurisprudence et elle justifie sa décision en disant : « Si la pension que celui-ci [le débiteur] a dû payer de son vivant lui survit, c'est parce qu'elle a en soit le caractère d'une indemnité, elle est en effet la réparation du préjudice que, par l'oubli de ses devoirs, cet époux a causé à son conjoint. A ce titre elle constitue par suite une dette de son patrimoine qui, comme ses obligations en général, passe telle quelle à ses héritiers » (3).

On voit combien il est impossible de dire vers quelle théorie incline la jurisprudence, puisqu'elle se sert aussi bien de l'une que de l'autre. On serait tenté de lui en faire grief, eh bien ! c'est cependant elle qui a raison. Si elle a agi, semble-t-il, sans suivre de ligne de conduite bien définie, c'est qu'elle se heurtait à des difficultés pratiques très sérieuses et qu'en réalité il est impossible d'accepter en bloc une théorie pour rejeter en bloc la seconde. Toutes les deux ont des principes absolument certains et trop forts pour

(1) Paris, 10 juin 1925, *G. des Trib.* 1925.2.771 et *G. Pal.* 1925.2.641.

(2) Trib. civ. de la Seine, 28 juin 1926, *D. H.* 1926, p. 492.

(3) Cass. Civ., 10 mars 1903, *D. P.* 1903.1.593.

disparaître. La vérité n'est pas tout entière dans l'une ou l'autre ; elle est dans la combinaison de toutes les deux. C'est ce qu'a très bien senti la jurisprudence. Son action a eu le grand avantage de souligner la nécessité de conserver certaines conséquences propres à chacune des deux théories et c'est ce qui a permis de forger une théorie éclectique toute récente à laquelle nous nous rallions pleinement, parce qu'elle est la seule satisfaisante pour l'esprit et la seule qui fasse une juste appréciation des faits.

3^o *Théorie éclectique.* — La pension de l'article 301 du Code civil présente à la fois le caractère de l'indemnité et celui des aliments et ces deux caractères doivent se concilier sans s'exclure. Il est évident que cette pension est une indemnité puisque, pour être accordée, il faut la faute du débiteur qui doit réparer le préjudice commis. Mais il est non moins évident que c'est une pension alimentaire puisqu'elle est destinée à assurer la subsistance du créancier et qu'elle doit être proportionnée à ses besoins et aux possibilités du débiteur. On ne peut nier la coexistence de ces deux aspects, puisqu'ils sont écrits dans l'article 301 lui-même. Toutefois comment concilier théoriquement ces deux caractères ? Le problème semble ardu. Mais il s'éclaire aussitôt lorsqu'on cherche à préciser le préjudice qui est en réalité réparé. Le divorce cause des préjudices très nombreux et d'ordres divers à l'époux innocent : notamment il fait disparaître le devoir de secours de l'article 212 ; mais il peut laisser également l'époux innocent sans affections, si sa famille n'avait pas consenti à son mariage ; enfin il lui cause un préjudice moral immense, etc. Il est bien certain que tout cela n'est pas réparé par la seule pension de l'article 301. Celle-ci ne répare que le premier cité des préjudices : celui qui découle de la disparition du devoir de secours.

Or cette remarque peut très bien expliquer le caractère

alimentaire de la pension. Celle-ci, destinée à suppléer au devoir de secours qui assurait la subsistance de l'époux, doit, dans la mesure du possible, être sa représentation. C'est ce qui fait qu'elle est servie sous forme de pension (et non de capital) établie suivant les besoins du créancier et les pouvoirs du débiteur. Les deux caractères se trouvent ainsi parfaitement conciliés ; la pension de l'article 301 n'est pas soit indemnitaire, soit alimentaire, c'est, dirons-nous, une *indemnité alimentaire*.

Mais alors aussi, ces considérations permettent de répondre à la question de savoir quelle est la source de ce droit à pension. Elle répare le préjudice provenant de la disparition du devoir de secours ; sans ce devoir elle n'existerait pas, c'est donc bien lui qui est sa cause. Or celui-ci a sa source dans le mariage ; par conséquent il faut admettre que le divorce n'a été qu'un « agent de transformation » (1), mais que la source véritable de la pension de l'article 301 est le mariage lui-même. Labbé déjà l'entrevoyait quand il écrivait : « La dissolution du mariage ne termine pas absolument les effets du mariage, il ne serait pas juste que les fautes d'un époux le libérassent complètement des obligations qu'il avait contractées envers son conjoint. Le divorce ressemble à une résolution du contrat pour inexécution par la faute d'une partie ». Ensuite, recherchant le fondement de l'article 301, il continuait : « L'article 301 se rattache par plusieurs côtés à l'article 212 ; cela n'est pas contestable. Il fait durer après le mariage les effets d'une obligation dont le germe est dans le mariage même, dont est libéré l'époux innocent, dont reste tenu l'époux coupable... Il ne faut pourtant pas nier que l'article 301 se rattache aussi en partie à l'article 1382, à l'idée d'une réparation due à l'époux qui, sans avoir rien à se reprocher..., est lésé par la faute d'autrui : une indemnité

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. 8, § 480, note 32.

lui est due » (1). C'était ainsi très bien apercevoir les deux caractères de la pension et admettre déjà qu'ils pouvaient coexister. L'idée que cette pension, qui ne répare qu'un préjudice spécial : celui résultant de la disparition du devoir de secours, a, à ce titre, le caractère alimentaire et sa source dans le mariage, a fait des progrès. M. Gaudemet expliquait que si cette pension n'est pas due, à proprement parler « en exécution de l'obligation entre époux qui dérive normalement du mariage, elle se lie cependant très étroitement à ces obligations et au mariage lui-même... Que la faute contractuelle se rattache au contrat, *source de l'obligation violée* et ne peut être appréciée dans son étendue et ses effets que par références à ce contrat, car le droit à indemnité suppose le droit antérieur à l'exécution normale (2) ». Mais c'est surtout M. Ripert qui récemment a le mieux exposé la théorie nouvelle. Voici quelles sont ses explications à ce sujet : « Il est très généralement affirmé », dit-il, « dans la doctrine, que la pension allouée en vertu de l'article 301 du Code civil est basée sur le principe général de la responsabilité civile, posé par l'article 1382, et à par conséquent, un caractère indemnitaire... Cette explication n'est pas inexacte, mais elle ne paraît pas suffisamment nuancée. Le fondement de la condamnation prononcée est bien le grand principe de la responsabilité civile, mais la nature de la réparation a ici un caractère spécial. La réparation du préjudice causé n'est pas assurée par l'octroi d'une somme d'argent en capital à titre de dommages-intérêts, mais bien par l'octroi d'une pension, et cette pension elle-même a un caractère particulier c'est une pension alimentaire... C'est une pension alimentaire à base indemnitaire » (3). Et plus récemment encore il ajoutait : « L'article 301 répare en réalité un préjudice résultant du divorce,

(1) Labbé, note au S. 1893.1.225.

(2) Gaudemet, note au S. 1912.1.315.

(3) Ripert, D. H. 16 juin 1927, *chronique*, p. 53.

la disparition du devoir de secours mais il ne répare que celui-là » (1). Ainsi la pension de l'article 301 réparant le préjudice causé par la disparition du devoir de secours de l'article 212 trouve, à ce titre, sa source dans le mariage et tout en étant allouée à titre d'indemnité est cependant une pension alimentaire (2).

Il semble que cette théorie soit de nature à satisfaire la jurisprudence car elle justifie ses solutions. Jusqu'ici son attitude pouvait prêter à de vives critiques puisqu'en réalité elle se contentait de prendre, tantôt les conclusions de la théorie alimentaire, tantôt celles tout opposées de la théorie indemnitaire. Désormais elle pourra conserver les solutions auxquelles elle était très attachée, en les faisant découler d'une seule et même théorie. Cela ne peut manquer de lui faciliter sa tâche. Et en effet, c'est bien ainsi qu'elle semble s'orienter. La Cour de Cassation avait d'abord refusé d'admettre l'application de la loi du 7 février 1924, sur l'abandon de famille, au non-paiement de la pension due entre époux divorcés, parce que cette pension est basée sur l'article 1382 et n'a pas un caractère alimentaire, que la loi sur l'abandon de famille ne s'applique qu'à l'obligation existant entre conjoints et que les époux divorcés sont désormais étrangers l'un à l'autre. M. Ripert disait de ce raisonnement : « C'est un pur sophisme parce que la pension a bien été accordée à un époux et l'article 301 emploie lui-même cette expression ; c'est dans sa qualité d'époux que le créancier trouve la source de sa créance et le débiteur la cause de sa dette... Il suffit de dire que la pension prononcée en cas de divorce est une pension alimentaire à base indemnitaire pour que la sanction légale puisse s'appliquer » (3). Or presque immédiatement ce raisonnement a été accueilli. Moins de

(1) Ripert, note au D. P. 1928.1.6.

(2) Voir à ce sujet : Gervésie, *La pension alimentaire après divorce*, thèse Lyon, 1928.

(3) Ripert, note précitée au D. H. 16 juin 1927.

deux mois après cette étude de M. Ripert, la Cour de Cassation disait l'article 1^{er} de la loi du 7 février 1924 applicable au non-paiement de la pension et ses attendus méritent notre attention car ils se réfèrent clairement à la théorie nouvelle. Cette décision est justifiée en effet sur cette considération qu'« il importe peu que l'époux au bénéfice duquel le divorce a été prononcé ait perdu la qualité de conjoint, dès lors que *c'est en cette qualité* qu'il a obtenu une pension *alimentaire* » (1) Il semble que c'est admettre, on ne peut plus nettement, que cette pension, d'une part, a sa source dans le mariage et, d'autre part, a le caractère alimentaire. La nature de la pension de l'article 301 est donc ainsi reconnue, en même temps que sa portée véritable.

Et maintenant, du point de vue de notre étude sur l'hypothèque légale, il est certain que cette théorie éclectique est de nature à apporter, sinon toute certitude, du moins les plus grandes probabilités pour l'avenir. Sans doute la question est encore trop récente et les décisions des cours et tribunaux ne sont encore pas assez nombreuses pour qu'il soit possible de dire que la Jurisprudence soit fixée. Il y a d'ailleurs des résistances (2) ; mais on peut remarquer que celles-ci ne s'opposent pas à proprement parler à la théorie nouvelle, qu'elles semblent même plutôt ignorer, et continuent seulement à se prévaloir des seuls principes de la théorie indemnitaire. Malgré ce retard nous estimons, en considérant les récentes décisions de la Cour de Cassation, que nous avons citées, que la théorie éclectique doit prévaloir rapidement devant les tribunaux. Or la Jurisprudence, jusqu'ici, tout en paraissant vouloir admettre l'hypothèque légale pour la pension personnelle accordée à la femme divorcée en vertu de l'article 301, était très

(1) Cass. Crim., 5 août 1927, *Gaz. Pal.*, 11 janvier 1928.

(2) Voir : Lyon, 26 avril 1929, *G. Pal.*, février 1930, Som. p. 17. — Riom, 30 octobre 1929, *Rec. des Som.*, février 1930. — Gaudemet, *Rev. tr. de dr. civ.*, 1930, janvier-mars, p. 94.

embarrassée pour justifier cette solution ; elle était à ce sujet obligée de faire appel à la théorie alimentaire. Mais, comme elle puisait des arguments aussi bien dans la théorie indemnitaire que dans la théorie alimentaire, il n'était pas impossible de penser qu'elle finirait peut-être par opter vraiment soit pour l'une, soit pour l'autre. Or, qu'elle se décide un jour en faveur de la théorie indemnitaire et elle ne pouvait plus admettre l'existence de l'hypothèque légale puisque la source de la pension était le divorce. La plus grande incertitude régnait donc sur ce point. Avec la théorie nouvelle, on a les plus grandes chances, au contraire, de voir se fixer la jurisprudence. Celle-ci y trouvera une argumentation solide et ses décisions antérieures en faveur de l'hypothèque légale se fortifieront dans un cadre désormais stable. Elle n'aura plus besoin, pour appuyer sa solution, de dire, comme la Cour de Bordeaux, que la pension de l'article 301 n'est que la dette alimentaire créée par le mariage entre les deux époux et qui survit à la dissolution « par un effet spécial de la loi »⁽¹⁾ ou, comme le tribunal civil de la Seine, que l'article 2121 du Code civil dans la généralité de ses termes « comprend tous les droits et créances de la femme contre son mari » (2), ce qui est bien un argument sans valeur ici puisque la femme divorcée n'est plus une femme mariée ! Il lui suffira désormais, pour justifier l'existence de l'hypothèque légale, de dire que la pension de l'article 301 a sa source dans le mariage, qu'existant au profit de la femme cette créance est une créance qu'elle a en sa qualité de femme mariée contre son mari. Quant au régime de cette hypothèque, il sera fixé également puisqu'on reconnaît, en même temps que la base indemnitaire, le caractère alimentaire de cette pension. Ce dernier en effet, nous l'avons vu, entraîne l'indisponibilité de la créance et par suite l'impossibilité de subroger ou de renon-

(1) Bordeaux, 16 mai 1909, D. P. 1910.2.192.

(2) Trib. civ. de la Seine, 28 nov. 1891, en sous note au S. 1895.2.25.

cer à l'hypothèque légale qui la garantit. Les solutions, étudiées dans notre chapitre III, doivent donc s'appliquer à la pension de l'article 301, parce que celle-ci est une pension alimentaire ayant sa source dans le mariage. Jusqu'à présent la Cour de cassation n'a pas eu encore l'occasion de se prononcer sur cette question elle-même ; mais, d'après ce que nous venons d'indiquer, il est très raisonnable de penser que c'est dans ce sens qu'elle doit se fixer. Son arrêt, à l'égard de l'application de la loi sur l'abandon de famille à la pension servie en cas de divorce, laissé entrevoir ses intentions dans ce sens et les principes doivent l'y conduire d'une façon ferme.

SECTION TROISIÈME.

La créance de pension alimentaire au profit de la femme séparée de corps ou divorcée, pour l'entretien des enfants dont elle a la garde.

Les deux créances, que nous venons d'étudier, présentaient un caractère commun au point de vue de leur bénéficiaire : c'étaient, toutes les deux, des créances existant en la personne de la femme et au profit de la femme. Nous arrivons, dans cette dernière section, à une créance qui peut encore être attribuée à la femme, seulement, non plus pour elle-même, mais pour les enfants dont la garde lui est confiée. Cela semble devoir compliquer singulièrement notre étude, car à première vue, la femme n'apparaît ici que comme un intermédiaire et nullement comme titulaire direct d'un droit attaché à sa personne. Du reste, il est nécessaire de préciser.

Le divorce rompt le mariage ; mais, à l'égard des enfants, il est sans effet. Les droits de ceux-ci sont basés sur le fait de la paternité ou de la maternité et sont dès lors indestructibles, quel que soit ce qu'il advienne de la vie conjugale de leurs parents. En cas de divorce donc, et l'article 303

du Code civil le précise énergiquement, « les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés ». Rien de changé par conséquent aux devoirs antérieurs que les époux ont assumés, en se mariant, à l'égard des enfants qui devaient naître de leur union, devoirs que l'article 203 du Code civil a énoncés en disant : « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». Dans le cas où la vie commune des parents cesse, la garde des enfants est confiée à l'un ou à l'autre. Celui à qui elle est retirée n'en conserve pas moins le devoir de subvenir à leur entretien en proportion de ses facultés ; aussi, pour lui permettre de s'acquitter de ce devoir, le jugement le condamne-t-il à verser une pension alimentaire. Or deux procédés peuvent être employés à ce sujet.

a) Cette pension peut être allouée aux enfants eux-mêmes. En fait elle sera versée effectivement entre les mains de l'époux chargé de leur garde. Mais la créance repose sur la tête des enfants. L'époux gardien n'a, à l'égard de cette pension, que le rôle matériel d'un caissier. Il ne reçoit les deniers qu'à titre de représentant et non à titre de créancier. Ce procédé a été assez souvent employé (1). Il est bien évident alors que cette créance de pension alimentaire n'intéresse pas notre étude. A supposer que ce soit la femme qui ait la garde des enfants, son hypothèque légale ne peut intervenir puisqu'il s'agit d'une créance qui n'existe pas en sa personne. L'hypothèque légale garantit les créances de la femme contre son mari : or ici la créance appartient aux enfants.

b) Cette pension peut être allouée au gardien lui-même. Celui-ci l'emploie pour subvenir à l'entretien des enfants ;

(1) Voir par exemple : Aix, 2 juin 1909, D. P. 1910.2.325.

mais, à la différence du cas précédent, c'est lui d'abord qui la reçoit à titre personnel. La créance repose alors, non plus sur la tête des enfants, mais sur la sienne. C'est lui qui personnellement est le créancier. Ce procédé tend manifestement à prédominer ; il présente en effet un intérêt de simplification assez grand : « au lieu de donner la créance à des enfants en bas âge, ce qui oblige à les faire représenter, à mettre en jeu l'administration légale et peut-être la jouissance légale, on va au plus court en plaçant directement la pension alimentaire nécessaire à leur entretien sur la tête de la personne chargée de les entretenir » (1). Mais alors, dans le cas où c'est la femme qui est la gardienne, nous nous trouvons bien en présence d'une créance existant au profit d'une femme contre son mari, ou son ex-mari. C'est de celle-ci que nous devons nous occuper, en nous demandant si nos développements antérieurs peuvent s'appliquer à l'hypothèque légale qui garantit cette créance de la femme. Pour cela, nous devons, comme précédemment, rechercher d'une part, si cette créance a sa source dans le mariage et, d'autre part, si elle présente le caractère alimentaire. Dans les deux sections qui précèdent nous avons pu, en quelque sorte, mener de front les deux questions, la solution de l'une entraînant souvent la solution de l'autre. Ici, comme nous le verrons, ce n'est plus possible, car ces deux questions pourraient être résolues chacune dans un sens opposé. Nous les étudierons donc successivement.

1^o *Source dans le mariage.* — A première vue, on peut être embarrassé pour expliquer l'existence de cette créance personnelle d'un époux contre l'autre, pour l'entretien des enfants communs. Le divorce, nous le savons, ou à plus forte raison la séparation de corps, ne changent rien aux devoirs des parents, à l'égard de leurs enfants ; la source

(1) Savatier, note sous Cass. Req., 3 et 26 juillet 1928, D. P. 1929 1 9.

de la créance pour l'entretien des enfants ne peut donc être recherchée dans le jugement qui fixe le montant de la pension. Ici, et encore plus que le jugement de séparation de corps à l'égard de la créance personnelle de pension alimentaire de la femme, le jugement n'est que déclaratif. Mais, étant donné le but de cette pension : l'entretien des enfants, on pourrait être tenté de voir cette source dans la filiation elle-même et, par suite, apercevoir difficilement le droit personnel de l'époux à cet égard. On pourrait penser tout naturellement que c'est de la paternité ou de la maternité que découlent les devoirs des parents envers les enfants. Il est facile cependant de montrer que, chez les parents *mariés*, ces devoirs sont, en réalité, antérieurs à la filiation et ont leur source dans le mariage lui-même. En effet, au Code civil, Livre I, titre V, c'est en tête même du chapitre V intitulé « Des obligations qui naissent du mariage » que le législateur a placé l'article 203. Or non seulement la place, mais le texte lui-même sont explicites puisque cet article pose que « les époux contractent ensemble, *par le seul fait du mariage*, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». On ne peut indiquer plus clairement la source de cette obligation. Les enfants ne sont pas encore nés que l'obligation de subvenir à leur existence existe déjà chez les époux ; par conséquent on ne peut en placer l'origine dans la filiation, le seul fait du mariage a suffi pour que les époux en assument la charge. C'est donc bien le mariage qui est la source de cette obligation.

En second lieu, nous devons remarquer que cet article 203 n'a pas pour seul effet de consacrer une obligation à l'égard des enfants. Il énonce en outre que cette obligation existe également pour les époux, l'un à l'égard de l'autre, c'est-à-dire qu'elle constitue, en même temps qu'une créance des enfants, une créance personnelle de chaque époux contre l'autre. Dans le mariage, il y a un engagement des époux l'un envers l'autre et envers les enfants à naître. Et c'est ce qui explique

le caractère personnel du droit d'un conjoint lorsqu'il reçoit de l'autre une prestation dont le but final est l'enfant. D'une part cette idée se démontre par le fait que le législateur a voulu baser cette obligation sur le mariage. Si en effet il n'avait eu en vue que les enfants, il n'avait pas besoin de rattacher leur obligation au mariage ; les articles suivants suffisaient car l'obligation alimentaire existe dans la filiation même naturelle. Elle avait donc là une base suffisante ; seulement alors la créance n'existait que sur la tête des enfants. Le législateur a trouvé que ce n'était pas assez ; il a voulu que cette créance soit renforcée par le jeu des droits et des devoirs des époux entre eux. Dès lors, voulant reconnaître, en cette matière, la créance directe d'un époux sur l'autre, c'était bien « du fait du mariage » qu'il devait partir. D'autre part un mot dans l'article 203 ne souligne-t-il pas encore cette volonté ? Il était parfaitement inutile si le législateur avait pensé seulement à la créance des enfants à l'égard de leurs parents. C'est le mot *ensemble*. C'est ensemble que les époux, en se mariant, contractent l'obligation d'élever leurs enfants. Que veut dire ce mot si ce n'est « l'un envers l'autre » ? Les époux ne sont donc pas seulement tenus individuellement à l'égard de leurs enfants, ils sont encore tenus « ensemble », ce qui implique bien entre eux des rapports d'obligation réciproques. L'obligation de l'article 203 est donc plus qu'une obligation de parents à enfants ; c'est une obligation d'époux à époux. Cela est un point bien certain ; la créance accordée à un époux séparé de corps ou divorcé, pour l'entretien des enfants dont il a la garde, est, à l'égard de cet époux, une créance personnelle et directe, ayant sa source dans le mariage. C'est bien dans ce sens d'ailleurs que les auteurs et la jurisprudence se sont fixés dans l'interprétation des articles 303 et 203 du Code civil (1). Lorsque cette créance

(1) Voir notamment : Nancy, 15 avril 1899, D. P. 1900, 2, 193. — Cass, Req.,

est accordée à la femme, elle est donc tout naturellement garantie par l'hypothèque légale. Il nous reste maintenant à rechercher si elle présente le caractère alimentaire.

2^o *Caractère alimentaire.* — Il semblerait que ce dernier point ne doive présenter aucune difficulté. Destinée à « nourrir, entretenir et élever » des enfants, la pension servie paraît être le type par excellence de la pension alimentaire. Nulle plus qu'elle-même n'a pour but la subsistance, la vie de celui à qui elle est versée. Ce caractère est en effet incontestable à l'égard des enfants ; mais en est-il de même à l'égard du gardien ? C'est là un autre aspect de la question. Ce gardien est créancier personnel, nous venons de le voir, mais la nature alimentaire de la pension qu'il reçoit, pour l'entretien des enfants, existe-t-elle également en sa personne ? Cela peut paraître une nuance juridique assez inattendue ; toutefois c'est sur ce point que la jurisprudence a longtemps refusé de suivre la doctrine. Les attendus de la Chambre des Requêtes du 18 octobre 1904 (1) sont significatifs. A la suite d'un jugement de divorce, la garde des enfants avait été confiée au mari et la femme avait été condamnée à verser à ce dernier une pension pour l'entretien des enfants. Dans la liquidation, le mari prétendait que cette pension, ayant un caractère alimentaire, ne pouvait se compenser avec les reprises de sa femme. La Cour de cassation rejeta cette prétention en déclarant « que ladite créance, étant uniquement destinée à rembourser pour partie le sus-nommé [l'époux gardien] des dépenses mises à sa charge, n'avait point vis-à-vis de lui et dans les rapports des époux entre eux le caractère alimentaire ». Il en

24 mai 1927, D. H. 1927, p. 334. — Dijon, 18 mars 1926, D. H. 1926, p. 357. — Cass. Req., 3 et 26 juillet 1928, D. P. 1929.1.9. — Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, Les personnes, par Savatier, n° 389, p. 393, note 6. — Colin et Capitant, *op. cit.*, 5^e édit., t. 1, p. 376. — Wahl, note au S. 1909.2 129

(1) D. P. 1905.1.361.

résultait que cette créance, dans les rapports des époux entre eux, n'était pas indisponible et devait dès lors se compenser avec les reprises du débiteur. Ainsi, entre époux, cette créance serait une créance ordinaire, une indemnité servie en remboursement des sommes avancées par le gardien seul pour l'entretien des enfants communs. Cette indemnité aurait perdu le caractère alimentaire, lequel ne pourrait exister qu'à l'égard des enfants seulement (1).

Il n'est pas possible d'admettre ce point de vue. La majorité des auteurs le repoussait, sans y prêter d'ailleurs beaucoup d'attention (2). L'obligation alimentaire des parents à l'égard de leurs enfants est indestructible et notamment indépendante de leur cohabitation. Par conséquent lorsque l'un des époux verse à l'autre une pension pour l'entretien des enfants, c'est nécessairement de son obligation alimentaire qu'il s'acquitte. Et comme il la verse à son conjoint ou ex-conjoint seul, il faut bien que le caractère alimentaire existe en la personne de celui-ci. S'il en était autrement ; si, par exemple, le mari, en versant la pension à sa femme gardienne, remboursait seulement celle-ci et ne s'acquittait pas ainsi de son obligation alimentaire à l'égard de ses enfants, ceux-ci, de deux débiteurs alimentaires, en auraient perdu un. L'obligation alimentaire de leur père à leur égard serait détruite et remplacée par une autre. Ce n'est pas possible, cette obligation alimentaire ne peut disparaître et, pour rester alimentaire à l'égard des enfants, il faut qu'elle le soit à l'égard de celui qui la reçoit, de celui qui a la garde. Au surplus, on pourrait peut-être ajouter, comme le faisait un arrétiste anonyme (3), que l'époux « qui a été seul chargé d'entretenir l'enfant est tenu en partie [pour la partie qu'il

(1) Dans le même sens : Paris, 20 oct. 1886, D. P. 1888.2.101. — Paris, 19 juillet 1894, D. P. 1895.2.179.

(2) Voir : de Loynes, note au D. P. 1900.2.193. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des privilèges et hypothèques*, 3^e édit., t. 2, n° 981, p. 86. — Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. 2, La Famille, n° 657.

(3) Note sous Cass. Req., 18 oct. 1904, D. P. 1905.1.301.

reçoit] pour un autre et se trouve ainsi subrogé dans tous les droits de l'enfant en vertu de l'article 1251-3^o du Code civil » et que, par suite, « la créance alimentaire passerait alors en sa personne avec tous ses caractères ». Nous ne croyons pas cependant qu'il soit nécessaire d'employer ce raisonnement.

L'article 203 du Code civil ne fait pas de distinction ; il crée une pension alimentaire. Mais, quant à la détermination du créancier, il est à double front. Il établit une obligation qui existe pour chaque époux à la fois à l'égard des enfants et à l'égard de l'autre époux. Ce qui a pu produire la confusion, c'est que la cause du caractère alimentaire est dans un seul des deux créanciers : le but final est la subsistance des enfants ; mais ce but est immuable quel que soit le créancier à qui la pension est servie. Le caractère alimentaire une fois né, bien que justifié par une seule destination, n'en existe pas moins à l'égard de chacun des créanciers de l'article 203 et ceux-ci sont les enfants et l'époux gardien ; il existe en la personne de celui qui a l'action pour en réclamer l'exécution de son chef. Par suite lorsque l'un des époux est déclaré créancier personnel de la pension servie pour l'entretien des enfants, il devient personnellement titulaire d'une créance alimentaire.

La jurisprudence, nous l'avons dit, était hostile à cette idée ; mais elle l'a acceptée récemment. Elle l'utilise même sans éprouver le besoin de la justifier ; elle tire les conséquences du caractère alimentaire, notamment l'incessibilité, sans discuter son existence. Dans deux arrêts, la Chambre des Requêtes a en effet déclaré que « l'obligation pour chacun des époux divorcés de contribuer, dans la proportion de ses facultés, aux frais d'entretien et d'éducation de ses enfants dérive de la loi et que nul ne peut s'en affranchir... que la renonciation [de la femme créancière] ne pouvait affranchir le mari de l'obligation légale dont il est tenu... d'où il suit, qu'en déniaut tout effet à la subrogation consentie et en

décidant que cette hypothèque légale ne pouvait avoir d'autre date que celle de la célébration du mariage, l'arrêt attaqué, loin de violer les textes visés au moyen, en a fait au contraire une exacte application » (1). C'est bien là la marque la plus évidente de son adhésion au principe que, lorsque l'un des époux est déclaré créancier de l'autre, en vertu des articles 303 et 203 du Code civil, d'une pension pour l'entretien des enfants communs, la créance qu'il acquiert est, en sa personne même, une créance alimentaire. Et lorsque c'est la femme qui est cette créancière, il en résulte, relativement à son hypothèque légale, les conséquences que nous connaissons. Comme les deux précédentes, cette troisième créance est donc bien une créance alimentaire ayant sa source dans le mariage.

Il semble dès lors que nous voici arrivé à un endroit où nous pouvons jeter un regard d'ensemble, émettre quelques réflexions générales, tirer certaines conclusions.

Au début de notre étude sur l'hypothèque légale garantissant la créance de pension alimentaire, dont la femme peut être titulaire à la suite d'un jugement de séparation de corps ou de divorce, nous avons bien spécifié, tout en faisant connaître que cette créance pouvait se présenter sous plusieurs formes, que nous raisonnions sur un thème général. C'est ainsi que nous avons étudié les conséquences qui résultaient, pour l'hypothèque légale, du caractère alimentaire d'une créance ayant sa source dans le mariage et protégée par elle; autant qu'il nous a été possible, nous avons creusé les principes, nous avons vu combien le lien entre l'hypothèque et la créance était étroit, celle-là n'étant que l'accessoire de celle-ci et, par suite, intéressée au plus haut point par sa nature. Ainsi nous avons montré quelles conséquences découlaient de l'indisponibilité de la créance alimentaire, notamment en matière de subrogation et de renon-

(1) Dijon, 18 mars 1926, D. H. 1926, 357. — Cass. Req., 3 et 26 juillet 1928, D. P. 1929. 1. 9.

ciation à l'hypothèque légale : la femme, ne pouvant disposer de sa créance alimentaire, ne peut renoncer à l'hypothèque légale qui la garantit ni subroger les tiers dans son bénéfice. Toute cette étude formait un bloc basé sur les deux faits suivants : 1^o la créance garantie a sa source dans le mariage (ce qui justifie l'existence et le rang de l'hypothèque légale) ; 2^o elle est alimentaire (ce qui justifie l'impossibilité des subrogations et des renonciations à l'hypothèque). Or nous n'avions pas encore étudié, à ces deux points de vue, les différentes créances de la femme séparée de corps ou divorcée ; notre méthode pouvait paraître bien imprudente, car nous pouvions avoir travaillé pour rien ou être amené à poser de laborieuses distinctions si, par la suite, nous étions obligé de reconnaître que ces créances ne présentaient pas les conditions fondamentales sur lesquelles reposait toute notre argumentation. Mais nous avons nos raisons et nous pensons que désormais notre méthode, au contraire, se justifie pleinement. Nous n'avons pas distingué au début parce qu'il n'y avait pas lieu de distinguer ; l'analyse que nous venons de faire des trois sortes de créances le prouve surabondamment. Nous avons vu que chacune d'elles présente bien le caractère alimentaire, a incontestablement sa source dans le mariage, par conséquent se rattache à un même système auquel, sans distinction, nos développements antérieurs, nos conclusions, sur l'impossibilité des renonciations et des subrogations, s'appliquent en totalité. Qu'il s'agisse d'une créance personnelle pour une femme séparée de corps, d'une créance personnelle pour une femme divorcée, ou d'une créance attribuée à une femme séparée de corps ou divorcée pour l'entretien des enfants, c'est, en premier lieu, une créance qui a sa source dans le fait du mariage et qui, pour cette raison, est garantie par l'hypothèque légale prenant date au jour du mariage ; c'est, en second lieu, une créance alimentaire qui, pour cette autre raison, interdit la subrogation ou la renonciation à

l'hypothèque légale. La jurisprudence n'est pas encore arrivée partout aux conclusions que nous posons. Elle n'a pas encore eu l'occasion de statuer sur le cas de la créance personnelle de la femme divorcée. D'autre part, pour les deux autres créances, elle n'a de même pu statuer que sur la subrogation; mais les principes que nous avons posés ne permettent pas de distinction et, si nous devons faire des pronostics, les tendances que nous avons signalées dans la jurisprudence permettent d'affirmer que celle-ci s'achemine sûrement dans cette voie rigoureuse. L'hypothèque légale, attachée à une créance indisponible, est indisponible, nous connaissons les décisions intervenues dans ce sens; mais celles-ci ne peuvent que se multiplier parce que la source de ces créances alimentaires est destinée à augmenter. L'évolution, quant aux différentes créances de la femme séparée de corps ou divorcée, rejoint donc celle que nous avons constatée, quant au régime de l'hypothèque légale. Toutes les deux s'unissent pour former une protection de plus en plus ferme en faveur de la femme. Quelles sont les répercussions pratiques de cette tendance et comment faut-il les juger, c'est à ces questions que nous arrivons maintenant.

CHAPITRE V

Conséquences pratiques. Appréciations. Remèdes actuels.

Dans nos précédents chapitres nous avons exposé des principes, fait état de textes et nous avons montré à quelles conclusions théoriques conduisaient leur interprétation logique. Nous croyons avoir suffisamment établi combien ces conclusions étaient fortes et, tout en démontrant le bien-fondé des décisions récentes relatives à la subrogation et à la renonciation à l'hypothèque légale, nous avons dit ce qu'il convenait d'attendre de l'avenir. Pour conduire notre étude avec le plus de sûreté possible, nous avons pris la précaution de dire que nous ne jugions pas encore, mais que nous tirions uniquement les conséquences que le raisonnement juridique imposait. Celles-ci sont établies : la femme ne peut ni subroger les tiers dans le bénéfice de son hypothèque légale, ni renoncer à cette hypothèque en tant que celle-ci garantit une créance de pension alimentaire, qui lui est allouée par un jugement de séparation de corps ou de divorce. C'est maintenant qu'il nous appartient de juger. Pour cela il nous suffira de voir les répercussions pratiques que ces conséquences entraînent. Elles ressortaient bien déjà de notre étude ; mais il est utile de les dégager des discussions théoriques qui les entouraient, de les voir maintenant pour elles-mêmes, de les préciser et de les grouper. Nous les étudierons donc à l'égard du créancier, de l'ac-

quéreur et aussi à l'égard du notaire qui, en rédigeant les actes, est le plus souvent considéré comme le conseiller des parties. Nous serons alors à même d'apprécier, de voir si cette tendance juridique, bonne en elle-même, doit être encouragée, si, au contraire, néfaste, elle doit être enrayée et, dans ce dernier cas, quels sont les remèdes dont nous disposons dans l'état actuel du droit.

SECTION PREMIÈRE.

Conséquences pratiques à l'égard du créancier, de l'acquéreur, du notaire.

§ 1^{er}. — CONSÉQUENCES A L'ÉGARD DU CRÉANCIER.

Une personne prête 100.000 francs à un homme marié. Celui-ci, pour garantir le remboursement de cette somme, hypothèque au profit de son prêteur un immeuble qui lui est propre, ou dépend de la communauté, et peut être évalué 300.000 francs. Sur cet immeuble la femme de l'emprunteur a son hypothèque légale qui, le plus souvent, prime celle du créancier parce qu'en général son rang remonte à la date de la célébration du mariage (art. 2121 et 2135 du Code civil). Mais, pour écarter cet inconvénient, la femme subroge le créancier de son mari dans l'effet de son hypothèque légale sur l'immeuble affecté, jusqu'à concurrence de la somme prêtée. Puis le créancier fait inscrire son hypothèque conventionnelle ainsi que l'hypothèque légale de la femme avec indication de la subrogation à son profit. Tout est donc régulier; il semble que la situation soit de tout repos. Si le créancier rencontre des difficultés, pour se faire rembourser, il fait saisir le gage qui sera vendu, par exemple 200.000 francs. Quant à la répartition de ce prix, elle paraît facile. Deux cas peuvent en effet se présenter. Ou bien la femme n'a aucune créance à faire valoir contre son mari ;

alors la subrogation ne joue pas ; mais le créancier, en vertu de son hypothèque conventionnelle seule, touche la totalité de ce qui lui est dû. Ou bien la femme est créancière pour une somme que nous chiffrerons par exemple à 300.000 fr. En vertu de son hypothèque légale elle devrait venir en premier rang, mais le créancier invoque la subrogation qu'elle lui a consentie ; par conséquent, pour le remboursement de ses 100.000 francs, il utilise le rang privilégié de la femme et se trouve encore complètement désintéressé. La femme exercera ses droits après lui. C'est bien ainsi que le créancier, le jour du contrat de prêt, a pensé que les choses pourraient se passer en cas de non-paiement, et c'est bien ainsi en effet qu'elles se passent normalement. La situation dont il jouissait était donc une situation absolument sûre.

Mais supposons que, depuis la subrogation à l'hypothèque légale, un jugement de séparation de corps ou de divorce soit intervenu entre les époux emprunteurs et que la femme soit devenue créancière d'une pension alimentaire s'élevant, par exemple, à 12.000 francs par an. Le créancier ne pourra plus invoquer la subrogation à l'hypothèque légale qui lui a été antérieurement consentie par la femme. Celle-ci lui tiendra en effet ce langage : « je vous ai subrogé dans le bénéfice de mon hypothèque légale, soit ; mais cela ne peut valoir qu'à l'égard des créances ordinaires que j'ai à exercer contre mon mari ; dans la mesure où mon hypothèque légale garantissait éventuellement la créance alimentaire, dont je suis aujourd'hui titulaire, je n'avais pas le droit de vous consentir cette subrogation. Celle-ci est donc nulle, et vous ne pouvez vous en prévaloir. Pour ma créance alimentaire, malgré toute subrogation, je dois être colloquée avant vous ». Or pour assurer le paiement d'une pension de 12.000 francs on doit évaluer le capital qu'il est nécessaire de constituer et par conséquent de réserver. Celui-ci est au moins de 200.000 francs ; par conséquent la totalité du prix de l'immeuble saisi sera mise de côté, le pré-

teur ne touchera rien. Tout le bénéfice de la subrogation croule. Voilà la situation brutale devant laquelle se trouve subitement le créancier subrogé. L'hypothèque légale des dangers de laquelle il pouvait se croire protégé, reprend toute sa valeur car la subrogation devant, pour fonctionner, s'appuyer sur une créance alimentaire, est frappée en sa source même d'une nullité d'ordre public. Pour prendre un autre exemple : dans le cas où ce créancier se serait fait subroger pour être colloqué avant des créanciers dont les inscriptions étaient antérieures à la sienne, il verrait également sa subrogation absolument inopérante, dans la mesure où elle se baserait sur une telle créance.

Dans les actes de prêt hypothécaire, le créancier ne peut donc plus rien faire de certain à l'égard de l'hypothèque légale de la femme. Il peut être subrogé et cela lui procurera souvent la possibilité d'être colloqué avant la femme ou avant d'autres créanciers ; mais il ne doit plus se croire, par ce seul fait de la subrogation, dans une situation à toute épreuve. Cette subrogation ne produira ses effets qu'autant qu'un jugement de séparation de corps ou de divorce n'interviendra pas entre les époux débiteurs. Qu'à la suite d'un tel jugement, la femme soit créancière de son mari d'une pension alimentaire et, à l'égard de celle-ci, la subrogation sera dénuée de tout effet. Au-dessus de cette subrogation est donc suspendue une véritable épée de Damoclès. Ce sont là des conséquences dont la gravité ne peut échapper à personne.

§ 2. — CONSÉQUENCES A L'ÉGARD DE L'ACQUÉREUR.

Un mari vend un immeuble qui lui appartient en propre ou dépend de la communauté existant entre sa femme et lui. L'hypothèque légale de la femme grève cet immeuble ; mais la femme y renonce, de façon que l'acquéreur ait entre les mains une propriété à l'abri de toute atteinte (loi du 13 février 1889). C'est ainsi que se font tous les

contrats de vente. Cette renonciation abdicative doit empêcher la femme de venir un jour, en vertu du droit de suite, saisir l'immeuble vendu pour se faire payer des sommes que son mari pourrait lui devoir. Puis le titre d'acquisition est transcrit, la situation hypothécaire a été vérifiée : aucun créancier n'était inscrit. Le prix enfin est régulièrement payé avec le consentement de la femme. L'acquéreur a ainsi pris toutes les précautions. Il peut croire sa situation absolument inattaquable. Au bout de plusieurs années, un jugement de séparation de corps ou de divorce intervient entre les vendeurs et le mari est condamné à servir à sa femme une pension alimentaire. Pour garantir le paiement de celle-ci, la femme fait inscrire son hypothèque légale. Or, cette inscription portera d'abord sur les immeubles que le mari détient actuellement ; mais, et c'est là qu'est la nouveauté, en tant que l'hypothèque légale garantit le paiement de la créance alimentaire, l'inscription sera prise également sur tous les immeubles que le mari a précédemment vendus, même si les ventes ont été accompagnées d'une renonciation par la femme à son hypothèque légale. Notre acquéreur voit donc subitement réapparaître sur son immeuble l'hypothèque légale dont il pouvait se croire débarrassé de la manière la plus régulière qui soit. Si maintenant la femme n'est pas payée de sa pension, elle va pouvoir s'attacher à l'immeuble et l'acquéreur se trouvera dans l'obligation, soit de payer, soit de délaisser, soit de se laisser saisir. Tout cela s'explique en effet par le raisonnement que nous avons fait tenir précédemment à la femme ; celle-ci peut dire encore : « j'ai bien renoncé à mon droit de suite sur l'immeuble vendu par mon mari, mais cette renonciation ne peut pas être générale. En tant que mon hypothèque légale est susceptible de garantir une créance alimentaire, la loi m'interdit d'y renoncer, par conséquent la renonciation que j'ai consentie est nulle, mon hypothèque légale grève toujours votre immeuble à l'égard de ma créance d'aliments ». Voilà encore

la brutale révélation qui est faite à un acquéreur, dont la bonne foi était complète. Notons même que ce peut aussi bien être la femme d'un précédent vendeur qui vienne tenir ce langage. L'hypothèque suit en effet l'immeuble en quelques mains qu'il se trouve. Que l'on croie bien surtout que nous n'exagérons pas en écrivant ces lignes. A chaque instant maintenant, dans la pratique, sur les états délivrés lors de la transcription des actes de vente apparaissent des inscriptions d'hypothèques légales de femmes de précédents propriétaires. Or on peut vérifier l'origine de propriété de l'immeuble, ces femmes ont bien renoncé à leur hypothèque légale. Mais le Conservateur des hypothèques vous répond que cette renonciation n'a pu être totale et que notamment elle ne peut s'appliquer aux créances éventuelles de pension alimentaire dont une femme peut être titulaire à l'égard de son mari, à la suite d'un jugement de séparation de corps ou de divorce. Et assurément ce sont là les conséquences logiques des théories que nous avons énoncées.

Nous n'envisageons pas le cas, ou plutôt nous le mentionnons seulement, où l'acquéreur est un donataire : la question est absolument la même, l'hypothèque légale de la femme du donateur restera, malgré toute renonciation, susceptible de venir grever l'immeuble reçu. Quant aux cas plus rares, où l'acquéreur bénéficie d'une renonciation subrogative à l'hypothèque légale de la femme (parce qu'il a payé son prix avec le consentement de cette dernière) nous n'avons pas à nous y attarder ; ils sont résolus à l'avance puisqu'alors l'acquéreur est dans une situation identique à celle du créancier subrogé. Nous savons qu'il ne pourra pas se prévaloir de cette renonciation. Elle est absolument nulle en tant qu'elle vient intéresser une créance alimentaire de la femme. Si donc un acquéreur a payé son vendeur, sans se soucier de la situation hypothécaire, bien qu'il ait versé son prix entre les mains du vendeur, avec le consentement de la femme de ce dernier, il ne doit pas

compter être subrogé, à l'égard des créanciers inscrits, dans le bénéfice de l'hypothèque légale dans la mesure où celle-ci garantit la créance d'aliments. Il n'a plus contre ces créanciers cette arme qui, dans la plupart des cas, malgré l'imprudence dont il avait fait preuve en payant son prix trop tôt, était susceptible de lui donner toute sécurité.

Devant ces situations aussi dures, que pourra faire l'acquéreur ? Oh ! assurément il pourra se retourner contre son vendeur en vertu de l'obligation de garantie. Mais ce vendeur n'est probablement pas solvable puisqu'il ne paie pas la pension de la femme. Et même le serait-il, que cette situation n'entraînerait pas moins toutes sortes de difficultés, de procès, auxquels l'acquéreur était en droit de ne pas s'attendre. En tout cas, si le vendeur ne peut indemniser l'acquéreur, celui-ci devra payer la femme ou perdre son droit de propriété. Il croyait avoir une propriété absolument inattaquable, il a en fait la propriété la plus fragile qui soit, puisque l'hypothèque légale survit à la renonciation.

§ 3. — CONSÉQUENCES A L'ÉGARD DU NOTAIRE.

Le créancier subrogé qui perd le bénéfice de la subrogation, l'acquéreur évincé par l'hypothèque légale à laquelle la femme de son vendeur avait renoncé, ont passé leurs actes chez un notaire. Quelquefois les parties, après accord préalable entre elles, vont seulement trouver l'officier ministériel en le requérant de constater, par acte authentique, les conventions qu'elles viennent d'arrêter, sans le concours ni la participation du notaire qui n'est alors qu'un rédacteur. Dans ce cas le notaire ne peut encourir de responsabilité quant à la suite que peuvent comporter ces conventions. Mais il remplit bien plus souvent un rôle autrement important. Il a mis par exemple une personne, cherchant à placer ses capitaux, en rapport avec une autre qui en désirait et

a dressé l'acte de prêt avec affectation hypothécaire, appelé « obligation » dans le langage notarial. Il a trouvé l'immeuble qu'une personne lui avait demandé de chercher et a dressé, en un acte, les conventions entre l'acquéreur et le vendeur. Dans ces cas, si fréquents, il a agi comme un mandataire ; les parties se sont rapportées à ses conseils, à son habitude des affaires, à ses connaissances juridiques. Le prêteur, l'acquéreur, qui se trouvent par la suite devant les situations, que nous venons d'indiquer, ne peuvent-ils pas se retourner contre le notaire, lui demander comment, dans la rédaction de son acte, il n'a pu prévoir et empêcher ce qui arrive, lui reprocher surtout de ne pas les avoir prévenus, puisque son rôle était de les conseiller, de les guider, pour la protection complète de leur intérêts, et par conséquent lui demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'ils subissent par sa faute ? Plusieurs auteurs répondent que cette responsabilité du notaire doit être écartée parce qu'« il semble impossible de rendre le notaire responsable d'un événement ultérieur qu'il lui était moralement interdit de prévoir. » (1) Cette considération nous paraît inspirée surtout par le sentiment ; mais sa base est trop vague et nous devons chercher à préciser. Nous sommes ici dans une matière où la jurisprudence est particulièrement sévère. La règle générale, maintes fois répétée, est la suivante : « que les notaires n'ont pas seulement pour mission de donner l'authenticité aux actes pour lesquels leur ministère est requis ; qu'ils ont encore le devoir d'éclairer les parties sur les conséquences de ces actes, de veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires à la conservation des droits qui en résultent pour elles, en un mot d'être leur conseil et de suppléer à leur ignorance du droit civil ; que cette obligation est l'essence même de leurs fonctions et leur incombe toujours, alors même qu'ils

(1) F. Roger, *Journal des Not. et des Avoc.*, 20 nov. 1929, art. 36025.

n'auraient reçu aucun mandat de leurs clients » (1). C'est donc un devoir professionnel et légal pour le notaire de vérifier l'origine de propriété des biens, la situation hypothécaire et de veiller à l'exécution complète et utile du contrat qu'il a dressé. On peut dire dès lors que la responsabilité est la règle.

Mais, objectera-t-on, il y a des questions très complexes où la doctrine et la jurisprudence sont elles-mêmes hésitantes; doit-on alors obliger le notaire à prendre parti, quitte à le rendre responsable encore si, par la suite, le tribunal jugé dans un sens opposé? Cela en effet n'est pas possible et c'est là qu'intervient, à la règle, l'utile exception à savoir « qu'un notaire ne peut être responsable, lorsqu'il s'agit d'une erreur de droit portant sur un point douteux et controversé ». La Cour de cassation l'a décidé à plusieurs reprises (2). Observons tout de suite qu'il ne faut pas voir dans cette exception un véritable échappatoire; il est presque toujours possible, en effet, de trouver sur les solutions juridiques, même les plus fermes, quelques vagues décisions en sens opposé. Cela est insuffisant pour déclarer une question controversée. Pour que l'exception joue il faut, dit la Cour de cassation, que la solution adoptée par le notaire « fasse l'objet d'une controverse *sérieuse* et ne soit pas en contradiction avec un texte de loi » (3). En outre, peut-on remarquer, cette excuse de l'erreur sur un point de droit controversé ne libère pas pour cela le notaire de l'obligation d'éclairer les parties et notamment de leur signaler cette

(1) Riom, 15 février 1897, confirmé par Cass., 6 février 1899, *J. du Not.* 1899, p. 502. — Voir de même, en matière de prêt hypothécaire : Paris, 27 juillet 1874, *Rev. Not.* n° 4.688; Caen, 27 juillet 1876, *J. N.* art. 21504; Cass. 6 juin 1894, *J. du Not.* p. 746; Montpellier, 12 mars 1912, *J. du Not.* p. 549; Cass., 23 juin 1909, *J. N.* art. 29648; Cass., 18 juin 1918, *J. N.* art. 32004; et en matière de vente d'immeubles : Rouen, 29 juin 1878, *Rev. Not.* n° 5.785; Cass., 6 août 1890, *J. du Not.* p. 749.

(2) Cass., 12 février 1883, *J. N.*, art. 22480. — Cass., 2 déc. 1885, *J. du Not.* 1886, p. 35. — Cass., 18 juin 1918, *J. N.*, art. 32004.

(3) Cass., 2 janvier 1924, *G. Pal.* 20 février 1924.

controverse avec les dangers qu'elle présente. Cela nous amène à conclure en cette matière de la façon suivante :

La théorie sur l'indisponibilité de l'hypothèque légale en tant que celle-ci peut garantir à la femme une créance alimentaire est récente. Avant son apparition, c'est-à-dire avant l'arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1921, on ne peut déclarer responsable le notaire pour les actes d'obligation ou de vente qu'il a reçus. Rien ne peut lui être reproché quant aux conséquences actuelles de ces actes, rédigés à une époque où cette question juridique ne se posait même pas. C'est un premier point que nous tenons pour certain et, cela, quels que soient les inconvénients que puissent subir ses clients, car un notaire ne peut être tenu pour obligé de deviner les théories juridiques de la doctrine et de la jurisprudence, susceptibles d'apparaître un jour.

Mais depuis cette date il est certain que les créanciers subrogés et les acquéreurs sont exposés à des dangers sérieux. Nous savons qu'en matière hypothécaire le notaire doit vérifier les divers éléments qui peuvent présenter des risques pour le créancier ou l'acquéreur. Sa responsabilité devient donc la règle, dans les actes qu'il reçoit désormais. D'autre part, nous sommes ici en présence d'une question controversée, par conséquent on peut faire intervenir l'exception que nous avons indiquée. C'est possible en effet; mais dans une mesure qu'il convient de préciser. Tout d'abord, ce n'est pas au lendemain même de l'arrêt précité qu'on a pu dire que cette question était controversée. Un arrêt, opposé à une tradition, ne peut être interprété à lui seul comme le signal de la controverse; il faut attendre les réactions, le mouvement d'idées qu'il entraîne. C'est alors seulement qu'il est possible de parler d'une controverse *sérieuse*. Jusqu'à ce moment nous pensons que le notaire n'est même pas tenu de connaître l'état du droit. Il peut parfaitement l'ignorer et, de ce fait, le passer sous silence sans

encourir de responsabilité. Mais lorsque la controverse a pour ainsi dire pris corps, les choses changent et il faut distinguer. Le notaire peut avoir son idée personnelle et se tromper; il n'en est pas responsable, puisqu'il s'agit d'une question controversée. Ce dont il serait responsable, c'est de ne pas indiquer la controverse aux parties, avec les solutions qu'elle peut entraîner suivant qu'elle sera résolue dans un sens ou dans un autre. En un mot, il peut donner un avis personnel, il ne sera pas responsable si l'avenir démontre qu'il aurait dû le donner dans le sens opposé; mais il sera responsable des conséquences néfastes qui pourraient advenir et inquiéter ses clients, s'il a passé la question sous silence. Voilà, croyons-nous, les idées directrices qui doivent être suivies au sujet de la responsabilité notariale. Assurément la difficulté est de dire exactement à quelle date on peut considérer que la controverse est née. A notre avis il conviendrait de la fixer au moment où la Cour de cassation est venue, par ses arrêts des 3 et 26 juillet 1928, rappeler énergiquement l'attention de la pratique et faire comprendre que désormais il convenait d'agir avec la plus grande prudence en cette matière; mais ce sera souvent une question de fait, laissée à l'appréciation des juges. Si maintenant, quittant le passé, nous considérons l'avenir, nous estimons que ces questions, dites controversées, tendent de plus en plus à se fixer, que par conséquent le notaire devient de moins en moins excusable, non plus seulement d'ignorer la controverse, mais encore d'ignorer le sens très net dans lequel la controverse est en voie de se résoudre. Sa responsabilité semble donc devoir augmenter à ce sujet.

Nous avons ainsi groupé les conséquences pratiques de la nullité des subrogations et des renonciations à l'hypothèque légale, garantissant la créance alimentaire de la femme séparée de corps ou divorcée. Nous avons tous les éléments désormais pour justifier les appréciations que nous allons en donner.

SECTION DEUXIÈME.

Appréciations.

Ces appréciations ne peuvent être longues à formuler. Les conséquences que nous venons d'indiquer se qualifient elles-mêmes et immédiatement : elles sont *inadmissibles* et elles sont *immorales*. C'est bien en ces deux qualificatifs qu'il convient de résumer notre jugement. Reprenons-les successivement.

§ 1^{er}. — LES CONSÉQUENCES SONT INADMISSIBLES.

Tout d'abord, en ce qui concerne les notaires, il est évident que ceux-ci auraient mauvaise grâce à s'insurger du fait qu'on leur demande de connaître le droit ; il est certain toutefois que le travail devient sans cesse plus compliqué dans leurs études et que cette nouvelle théorie leur apporte un surcroît de responsabilité, à l'égard duquel ils ont quelque raison de s'émouvoir.

Mais, c'est principalement vers les parties contractantes elles-mêmes qu'il convient de se tourner ; c'est elles qui sont directement intéressées aux conséquences des contrats qu'elles passent. A ce sujet nous pouvons débiter par une observation où le système se montre pour le moins sous un jour fantaisiste : Un acquéreur, un créancier, bénéficiant d'une renonciation ou d'une subrogation, voient subitement s'engager une procédure de divorce entre les époux vendeurs ou emprunteurs. Les risques qu'ils courent ne sont pas du tout les mêmes si c'est le mari ou la femme qui triomphe ; ils peuvent se dire en effet : « que ces époux divorcent, cela assurément ne nous regarde pas ; mais ce qui nous intéresse c'est de savoir au profit de qui le jugement sera prononcé et nous souhaitons ardemment que ce

soit au profit du mari. Dans ce cas en effet nous n'avons rien à craindre, le mari ou la femme ne peuvent rien contre nous. Si, au contraire, c'est la femme qui triomphe, à concurrence de sa pension alimentaire, elle va pouvoir annihiler les effets de la renonciation ou de la subrogation qu'elle nous a consentie ». On ne peut admettre cette différence. Elle est absolument injustifiée à l'égard des tiers, dont les intérêts devraient être assurément indépendants de ces questions conjugales.

Cette remarque n'est après tout qu'un détail ; des considérations autrement importantes dominent notre étude. A notre époque, les questions économiques prennent un développement sans cesse grandissant. Les transactions sont de plus en plus nombreuses et, comme on l'a très justement dit, « les fortunes tendent à un caractère dynamique plus que statique » (1). Le crédit, la circulation rapide des biens, deviennent par suite des conditions nécessaires à ce mouvement accéléré. Les conséquences que nous avons indiquées en matière d'hypothèque légale et de créance alimentaire arrivent donc vraiment à un moment où il sera bien difficile de leur trouver des défenseurs ; on imagine facilement qu'à première vue elles apparaissent comme incompréhensibles et on admet que, si par la suite le raisonnement les justifie, elles restent en tout cas absolument inacceptables. Il y a en cette matière des raisons d'ordre général impérieuses. L'hypothèque légale, par elle-même, est déjà une entrave suffisante ; la pratique des subrogations et des renonciations permettait cependant d'y remédier la plupart du temps. En cas de régime dotal seulement cette pratique était impossible. Or on sait que précisément les considérations économiques sont parmi les arguments les plus forts des adversaires de ce régime. Toutefois le régime dotal est aujourd'hui assez peu répandu ; par conséquent on peut,

(1) F. Roger, *J. N.* 20 nov. 1929, art. 36025.

tout en le critiquant, admettre son existence dont les inconvénients restent ainsi exceptionnels. Mais voici que les conceptions de ce régime, si graves pour les tiers, se généralisent et, par la théorie de la nullité des subrogations et des renonciations à l'hypothèque légale garantissant la créance alimentaire, affectent désormais, non plus un seul, mais tous les régimes matrimoniaux. Sur toute subrogation et sur toute renonciation consentie par la femme plane, en effet, l'hypothèse de la séparation de corps ou du divorce, dont la nullité, dans toute la mesure où la femme sera créancière d'une pension alimentaire. D'autre part nous savons que ces jugements sont de plus en plus fréquents ; par conséquent, c'est l'insécurité totale qui apparaît pour les tiers, ce sont les affaires qu'on paralyse au moment où il faudrait les assouplir. On retourne à l'esprit du Code civil, qui n'avait même pas prévu les renonciations et les subrogations à l'hypothèque. Ce n'est certainement pas ce que la vie économique actuelle était en droit d'attendre. Enfin les maris voient leur crédit considérablement diminué ; en matière immobilière, les transactions faites avec eux ne portent plus en elles aucune garantie. Désormais on ne devra traiter qu'avec les célibataires, les veufs et les sociétés.

§ 2. — LES CONSÉQUENCES SONT IMMORALES.

On veut protéger la femme, lui donner surtout le maximum de garanties lorsqu'elle se trouve dans des circonstances difficiles et notamment quand elle a besoin, pour assurer sa subsistance, d'une pension alimentaire. Certes, c'est par un noble sentiment qu'on a été guidé dans cette voie. Mais, encore est-il que cette protection doit s'exercer à bon escient et n'être pas un défi au bon sens ou même à la morale. Or les règles relatives à l'hypothèque légale et à cette pension alimentaire conduisent à des conséquences telles

qu'il semble que tout doive être sacrifié dès qu'elles apparaissent. Aucune considération n'est valable contre elles. On peut ici reprendre les paroles que Marcadé prononçait au sujet de la dot, cette pension alimentaire doit être « sauve à tout prix, au prix de la sécurité des tiers, du crédit et des transactions, de la moralité publique, au prix de tout » (1).

Malgré les inconvénients signalés, on pourrait prétendre que ces dangers, si grands soient-ils, n'impliquent aucune fraude à l'égard des tiers puisque ceux-ci les connaissent en traitant. Ils sont de nature à ralentir leurs transactions ; mais là doivent s'arrêter les reproches. Cette remarque, à la rigueur, peut être valable pour l'avenir ; mais elle ne s'applique pas au présent. Un acquéreur ou un créancier, ayant passé son contrat il y a quelques années et se trouvant aujourd'hui devant les solutions que nous avons indiquées, est en droit de dire que sa bonne foi a été totalement surprise, et que ce qui lui arrive est certainement la dernière chose qu'il eût pu imaginer. Il ne pourra admettre, sans faire intervenir la fraude, qu'une femme, malgré sa signature donnée librement et dans les conditions les plus habituelles, puisse venir annihiler maintenant tout l'effet de cette signature. Il y a là, en effet, une situation profondément choquante.

Mais une autre considération surtout va nous montrer à quel point ce système juridique est alors vraiment immoral. C'est M. Savatier qui l'a mise en valeur, dans sa note sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 3 juillet 1928 (2). Voici un ménage laborieux qui, malgré tous ses efforts, voit ses affaires péricliter. Il faut vivre cependant, on emprunte. Puis, comme le mari a quelques immeubles, il les hypothèque et la femme évidemment subroge à son hypothèque légale. On a pensé que c'était un moment pénible à passer, mais que par la suite tout se rétablirait. Cepen-

(1) Marcadé, t. 6, 7^e édit., p. 15 et 16.

(2) D. P. 1929.1.9

dant, malgré le travail et les privations, il devient impossible de rembourser et même de continuer le service des intérêts. Les créanciers font saisir et le prix est à peine suffisant pour les désintéresser tous. Les époux restent désormais sans ressources et la femme évidemment est dans une détresse identique à celle de son mari.

Or voici un autre ménage dont la situation pécuniaire est identique. Mais le bon accord des époux, assez peu unis, n'a pas résisté aux difficultés financières ; un jugement de séparation de corps intervient entre eux et le mari doit servir à sa femme une pension alimentaire. Pendant ce temps les créanciers impayés font saisir les immeubles. Alors ils trouvent devant eux la femme séparée qui, pour sa pension, et malgré tout engagement antérieur, les prime tous et absorbe la plus grosse partie, sinon la totalité du prix. Avec cette pension elle se soustrait subitement aux conséquences d'une gestion mauvaise, dont elle a sans doute sa part de responsabilité et « plus heureuse mille fois que l'épouse fidèle » vit désormais tranquille dans une situation inattaquable, faite des sommes dues aux créanciers qu'elle a spoliés.

Ce résultat serait déjà suffisant, il est possible cependant de l'embellir. Notre exemple, où la famille désunie apparaît bien mieux protégée que la famille unie, se présente dans des circonstances, peut-on dire, encore normales. Mais quand ces magnifiques possibilités seront connues davantage, il est bien certain qu'elles ne manqueront pas d'être exploitées sciemment. Des époux, peu scrupuleux, se voyant au bord de la ruine, pourront adroitement simuler, faire une habile mise en scène, obtenir un jugement de séparation de corps ou de divorce et ainsi, au moyen de la pension alimentaire octroyée à la femme, mettre leurs créanciers à l'écart ou aller dépouiller d'anciens acquéreurs. Avec cette pension ils sauront bien s'arranger par la suite ; quant aux tiers, ils auront été les victimes d'un véritable tour de passe-passe. Il y a là une manœuvre qui rappelle la

banqueroute frauduleuse, et cependant ce sera une situation légale.

Tout cela, nous l'avons bien dit, est profondément immoral. C'est en vérité une prime à la séparation de corps ou au divorce. On ne peut avoir exposé ces conséquences que pour les condamner ; il faut donc absolument enrayer ce système néfaste. Y a-t-il des moyens juridiques actuels pour cela ? Nous allons maintenant le rechercher.

SECTION TROISIÈME.

Remèdes actuels.

Les parties contractantes sont évidemment celles qui sont le plus directement intéressées à cette question et c'est pour leur situation si précaire qu'il s'agit surtout de trouver des remèdes juridiques. Mais, comme nous l'avons vu, le notaire a sujet aussi de s'alarmer ; il convient donc de rechercher également pour lui s'il est des moyens de dégager sa responsabilité. Aussi, diviserons-nous cette section en deux paragraphes : le premier consacré au créancier et à l'acquéreur, le deuxième au notaire.

§ 1^{er}. — SITUATION DU CRÉANCIER ET DE L'ACQUÉREUR.

La femme de l'emprunteur ou du vendeur, devenant créancière de son mari d'une pension alimentaire, la subrogation et la renonciation à l'hypothèque légale seront nulles à l'égard de cette pension. Serait-il possible de prémunir ces opérations contre cette inefficacité ?

Un premier point est certain. Il serait absolument vain de chercher un remède direct dans la simple volonté des contractants. On pourrait faire toutes les stipulations par lesquelles on conviendrait que cette subrogation ou cette renonciation produiront toujours leurs effets, nonobstant

l'octroi à la femme d'une créance alimentaire : elles seraient radicalement nulles. Et la raison, c'est qu'il s'agit ici d'une matière qui intéresse l'ordre public et tombe ainsi sous le coup de l'article 6 du Code civil. On ne peut donc songer à valider ces opérations qui portent en elles une cause inéluctable de nullité.

On a songé alors à un autre moyen qui, en détruisant directement cette cause, empêcherait la nullité de se produire. Cette cause, c'est la créance alimentaire. Supposons que nous la fassions disparaître. L'hypothèque légale qui la garantit, devenue sans base, ne peut plus s'exercer ; la racine du mal est supprimée et les opérations consenties par la femme ne sont plus menacées. C'est M. Savatier qui, dans sa note précitée, a eu cette idée (1). L'observation sur laquelle elle se fonde semble assurément exacte. Ainsi qu'il est écrit dans l'article 208 du Code civil, « les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit ». Le montant d'une pension alimentaire n'est donc pas fixe, mais variable ; c'est ce qui fait également que sa fixation par la justice est toujours essentiellement provisoire. Vienne à changer l'un ou l'autre des éléments qui en déterminent le quantum, besoins du créancier ou ressources du débiteur, une nouvelle fixation peut être réclamée par les intéressés. L'article 209 exprime bien l'une des conséquences de ce caractère provisoire en nous disant que « lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est remplacé dans un état tel que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin, en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée ». Or, lorsqu'un mari est poursuivi par ses créanciers, que ses biens sont saisis, cela démontre que ses ressources sont devenues insuffisantes, qu'il ne peut plus payer la pension alimentaire ; il serait

(1) D. P. 1929. I. 9.

donc en droit d'en demander la suppression. Et enfin, au cas où il n'agirait pas en ce sens, ses créanciers pourraient, en se fondant sur l'article 1166 du Code civil, exercer eux-mêmes son action pour obtenir cette suppression à son profit. Ainsi, la créance disparaissant, l'hypothèque légale qui la garantissait, deviendrait absolument inoffensive. Ce remède est évidemment séduisant. Il apporterait complète satisfaction à l'acquéreur. Pour le créancier subrogé, l'avantage, sans être complet, resterait très appréciable : en effet, faute de créance de la femme, la subrogation, loin d'être vivifiée, deviendrait inutilisable ; mais, le plus grand mal serait cependant évité en ce sens que la femme ne viendrait toujours pas primer le créancier.

Il faut cependant renoncer à cet espoir. Pour ingénieux qu'il soit, le moyen envisagé ne peut être employé. Tout d'abord, l'observation elle-même, sur laquelle il est fondé, n'est pas si convaincante qu'elle le paraît. Le mari, poursuivi par ses créanciers hypothécaires, n'est pas pour cela sans ressources. Il a bel et bien un patrimoine, des immeubles, puisque c'est sur la vente de ceux-ci que les créanciers espèrent être payés. S'il n'y avait rien à attendre, le rang de la collocation serait sans importance, mais il y a en réalité un capital et la question reste donc celle de savoir qui sera payé le premier : la femme ou les autres créanciers ? Une question semblable se rencontre en matière de faillite. On pourrait dire qu'un mari, tombé en faillite, n'est plus en mesure de payer une pension alimentaire. Toutefois, sur la masse à partager, la femme créancière d'une telle pension pourra produire utilement, même pour les arrérages à échoir (1). Cela s'explique par cette raison simple que le débiteur n'est pas dépouillé, comme on le prétend, mais qu'il possède au contraire des biens qu'il s'agit de répartir pour désintéresser ses créanciers.

(1) Cass. Civ., 14 juin 1853, D. P. 1853.1.185. — Orléans, 23 juillet 1903, D. P. 1905.2.281 et note Levillain. — Lyon, 16 janvier 1926, D. H. 1926, 172.

D'autre part et surtout les créanciers de ce mari, débiteur d'aliments, ne sont pas fondés à se substituer à celui-ci pour demander la réduction ou la décharge de son obligation. Ils ne peuvent exercer l'action oblique de l'article 1166 qu'autant qu'il ne s'agit pas de droits ou d'actions exclusivement attachés à la personne. Or l'action en réduction ou en décharge d'une pension alimentaire rentre dans cette catégorie. Laurent le conteste, disant que si un débiteur continue à payer la pension alimentaire, bien que ses ressources soient diminuées, il agit ainsi par « un sentiment de pitié qui est exagéré », que dès lors « les créanciers n'en doivent pas souffrir et qu'on ne voit pas pourquoi ils n'auraient pas l'action en réduction ou en décharge » (1). Mais c'est là une observation sans valeur ; elle peut en effet être faite pour tous les cas où l'action, bien qu'attachée à la personne, est susceptible de produire un avantage pécuniaire. Cependant l'action en séparation de biens, l'action en révocation d'une donation, par exemple, susceptibles des mêmes observations, ne peuvent être intentées que par leur titulaire. M. Savatier se place apparemment à un autre point de vue : il considère que la pension est toujours évaluée provisoirement et que « cette évaluation provisoire ne vaut que jusqu'à ce qu'une nouvelle évaluation soit faite, en fonction des éléments légaux variables de la dette, d'où il suit que la demande des créanciers, tendant à l'adaptation de la pension à la situation actuelle de leur débiteur, n'a pas pour objet de réduire ou de faire naître un droit, mais simplement de faire évaluer une dette, de liquider à nouveau la situation passive légale de leur débiteur, ce qu'il est impossible de leur refuser ». Cette distinction ne peut être retenue davantage. De toute façon le débiteur, qui s'abstient de demander la réduction ou la décharge d'une dette alimentaire ou de faire apprécier la situation nouvelle, dans

(1) Laurent, *op. cit.*, t. 3, n° 75.

laquelle il se trouve, peut obéir à des considérations morales ou intimes qui n'ont pas de poids pour ses propres créanciers. Il peut avoir, dans sa conscience, des scrupules, des remords qui l'incitent, malgré les difficultés où il se trouve, à continuer le service d'une pension, à faire un acte où il éprouve la satisfaction intérieure de réparer, dans une certaine mesure, le mal qu'il a causé. Ces considérations, il est évidemment le seul à pouvoir les apprécier; aussi a-t-on presque toujours décidé et décide-t-on désormais, d'une façon unanime, que, hors le cas de fraude caractérisée et où les créanciers seraient fondés à mettre en mouvement l'action paulienne de l'article 1167, seul le débiteur peut agir en cette matière, parce que le droit dont il est titulaire est un droit strictement personnel. La jurisprudence a eu, plus souvent, l'occasion de juger l'hypothèse opposée où un débiteur ne réclame pas une pension à laquelle il avait droit. Elle refuse à ses créanciers le droit d'agir à sa place. Or les considérations d'ordre moral, qu'elle prête à ce débiteur et sur lesquelles elle se fonde, sont exactement les mêmes que celles qui peuvent empêcher ce même débiteur de demander la réduction ou la disparition d'une pension dont il a la charge (1).

Par conséquent, il faut absolument renoncer à trouver un moyen, soit direct, soit indirect, de supprimer d'une façon complète les inconvénients résultant de la nullité des subrogations ou renonciations à l'hypothèque légale à l'égard de la pension alimentaire. Cette nullité est bien un fait qu'il faut accepter, il faut donc nous résoudre à n'attendre désor-

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit., t. 4 § 312, p. 207, texte et note 34. — Planiol, *op. cit.*, 4^e édit., t. 2 n° 286. — Beudant, *Les contrats et les obligations*, n° 514. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. 1. n° 604. — Jurisp. Gén. Suppl., v° obligations n° 313 et Mariage n°s 352 et 394. — Dalloz, *Nouv. C. civ. an.*, art. 1166, n°s 71 et suiv. — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, La famille, t. 2, n° 52. — Paris, 27 déc. 1849, D. P. 1850.2.23. — Douai, 11 déc. 1906, D. P. 1909.2.28. — Trib. civ. de Boulogne-sur-mer, 16 nov. 1923, *G. Pal.* 1924.1.270.

mais, de notre recherche, que des moyens destinés à parer le plus possible à ces inconvénients.

On peut, à ce sujet, en envisager plusieurs : les deux premiers agissent sur l'hypothèque légale elle-même, les autres sont plutôt des précautions accessoires.

Tout d'abord nous savons que l'hypothèque légale de la femme frappe tous les immeubles du mari et ceux de la communauté. Mais cette généralité n'est pas absolument obligatoire. L'article 2140 du Code civil permet aux futurs époux majeurs de convenir, dans leur contrat de mariage, que l'hypothèque légale ne frappera que un ou plusieurs immeubles et non la totalité ; d'autre part, au cas où cette réduction conventionnelle n'aurait pas été faite, l'article 2144 permet au mari, au cours du mariage, de demander à la justice de réduire l'hypothèque légale de sa femme à certains seulement de ses immeubles. Sans doute, cette réduction ne peut aller jusqu'à un dégrèvement total, l'article 2140, *in fine*, le décide expressément ; sans doute aussi elle demande certaines conditions : dans le premier cas il faut que les parties soient majeures ; dans le deuxième cas il faut que la femme donne son consentement, que les quatre plus proches parents de celle-ci donnent leur avis, que les immeubles qui demeurent grevés soient suffisants pour la conservation entière des droits de la femme et que le Procureur de la République ait été entendu (art. 2145). Mais il y a là cependant un moyen qu'il serait bon d'utiliser. Il permet de laisser libres de cette hypothèque, si gênante, plusieurs immeubles, ce qui redonnera du crédit aux époux. Malheureusement ce procédé n'est guère employé en pratique et surtout il convient de remarquer que, pour qu'il puisse s'appliquer, il faut que le mari ait vraiment une fortune immobilière très importante, très supérieure à ce qui est nécessaire pour assurer « la conservation *entière* des droits de la femme ». C'est là évidemment une hypothèse assez rare. Surtout si l'on envisage les créances éven-

tuelles, il est très exceptionnel de pouvoir dire que les immeubles du mari qui restent grevés seront toujours suffisants pour en assurer la garantie. Il sera très bon d'utiliser ce moyen préventif de la réduction ou du cantonnement de l'hypothèque légale, toutes les fois que cela sera possible, mais il est bien entendu que nous ne devons voir là qu'un moyen dont l'application sera peu fréquente.

Les acquéreurs et les créanciers n'ont donc pas beaucoup à attendre de ce premier moyen offert à leurs vendeurs ou débiteurs ; s'il est possible, il est préférable qu'ils cherchent eux-mêmes à se protéger contre l'hypothèque légale. Et le second remède vers lequel tout naturellement nous nous tournons désormais est la purge. C'est une procédure qui met définitivement celui qui en profite à l'abri des hypothèques occultes. Le résultat qu'elle atteint est absolument complet, toutefois elle ne peut être exercée de la même façon par l'acquéreur ou le créancier.

A l'égard de l'acquéreur, la question est toute simple. Nous avons vu à notre chapitre III, section III, § 2, qu'aux termes de l'article 2193 du Code civil, la purge était toujours possible pour l'acquéreur d'immeubles, exposé au droit de suite. Or nous savons que cette procédure « nettoie » l'immeuble acquis de toute charge hypothécaire et assure au détenteur la tranquillité la plus absolue. Par conséquent l'acquéreur, bénéficiant d'une renonciation de la femme de son vendeur à son hypothèque légale mais qui, de ce fait, ne doit nullement se croire en sécurité, trouve dans cette procédure le moyen certain d'échapper pour toujours à cette hypothèque. Dans tous les cas l'acquéreur doit donc procéder à la purge. C'est la solution la meilleure qu'il soit possible d'indiquer. Malheureusement c'est une complication, et des frais supplémentaires, très appréciables surtout lorsqu'il s'agit de petites acquisitions, mais enfin on ne doit pas reculer devant ces considérations pour s'assurer une propriété incommutable après avoir payé un prix.

Il est regrettable de n'avoir pas trouvé plus simple ; mais l'acquéreur doit cependant s'estimer heureux d'avoir ainsi une protection vraiment efficace. Le créancier ne peut jouir du même avantage.

A part quelques exceptions prévues par des lois spéciales et visant certains établissements de crédit, par exemple le Crédit Foncier de France (décret du 28 février 1852), les sociétés de crédit immobilier (loi du 5 décembre 1922) et les caisses de crédit agricole (loi du 5 août 1925), le créancier n'a pas, en effet, le pouvoir de purger l'immeuble, qui lui est affecté en garantie, des hypothèques antérieures à la sienne. En matière d'emprunt hypothécaire, la purge ne peut donc intéresser que ces établissements privilégiés. La possibilité d'y procéder leur a été accordée par la loi afin de leur assurer le premier rang hypothécaire que leur imposent leurs statuts. Mais alors, en considérant les dangers auxquels l'hypothèque légale de la femme peut les conduire, cette possibilité devient maintenant une nécessité. C'est la solution qui s'impose. De l'enquête personnelle que nous avons faite près du Crédit Foncier, il résulte que c'est bien ainsi qu'a cru devoir agir cet établissement. La purge devient une opération qui doit accompagner chaque prêt. Toutefois la complication pratique qui résulterait de cette façon de faire serait si grande que, jusqu'à ce jour, le Crédit Foncier ne l'a pas mise encore en application, estimant que les dangers courus, bien qu'étant très étendus, ne devaient tout de même se produire que rarement. C'est là une méthode qui contraste assez fortement avec la tradition de cet établissement, lequel a coutume de s'entourer du maximum de précautions. Il pourrait bien se faire qu'un jour prochain il ait à la regretter. Pour assez rare qu'il soit, le danger couru est néanmoins certain et il peut être considérable. N'oublions pas que l'octroi d'une pension nécessite la constitution d'un capital élevé et, quand un tel capital doit être prélevé sur un prix de vente, il y a tout lieu de

craindre qu'il reste assez peu de chose pour les créanciers postérieurs en rang.

Après avoir étudié successivement les moyens d'agir soit sur les subrogations et les renonciations, soit sur l'hypothèque légale elle-même, nous avons à signaler les remèdes accessoires, les précautions, peut-on dire, qu'il conviendrait encore de mettre en œuvre pour tenter de garantir les créanciers et les acquéreurs ou de paralyser l'action de la femme.

Il est à peine besoin de dire que le créancier devra désormais exiger une marge plus importante que par le passé pour son gage hypothécaire. Risquant toujours de voir passer avant lui, et pour une somme importante, un nouveau créancier, il assurera d'autant mieux ses intérêts que ce gage aura plus de valeur. Cela a l'inconvénient de gêner considérablement le crédit puisque, pour une somme minime, il faudra hypothéquer des immeubles importants; mais, c'est bien, pour le créancier, la première précaution à prendre.

D'autre part, si la femme possède personnellement des immeubles, le créancier des époux agira prudemment en demandant une hypothèque sur ceux-ci, soit que la femme se reconnaisse débitrice principale, soit qu'elle agisse comme caution hypothécaire. Avec ce gage supplémentaire, le créancier est à peu près certain de son remboursement : si la femme l'inquiète sur l'immeuble du mari, il pourra en effet se retourner contre celui qui appartient à la femme. Malheureusement ce procédé, qui suppose que la femme est elle-même propriétaire d'immeubles, ne peut pas toujours être employé.

Enfin dans tous les cas, qu'il s'agisse d'emprunt hypothécaire ou de vente, la solidarité devra être exigée des époux. D'ailleurs c'est heureusement ce qui a lieu bien souvent dans la pratique; mais il faut que maintenant ce soit un usage constant. Si la femme vient, par la suite, contester la

subrogation ou la renonciation qu'elle a consenties et causer ainsi au tiers les préjudices que nous connaissons, ce dernier pourra agir contre la femme tenue personnellement à son égard pour la totalité, de la dette s'il s'agit d'emprunt, de la garantie s'il s'agit de vente, en vertu de l'article 1200 du Code civil. Il aura, de ce fait, le maximum de chances de pouvoir être indemnisé. D'autre part la femme, se sachant exposée à cette action, perdra, de ce fait, l'intérêt d'agir ; elle s'abstiendra donc généralement.

Ces divers procédés, venant en complément de la subrogation et de la renonciation par la femme à son hypothèque, seront ainsi susceptibles de diminuer les risques courus par les tiers. Toutefois ce dont il importe de bien se persuader c'est que jamais ils ne pourront par eux-mêmes redonner à ces subrogations ou renonciations la valeur totale qu'elles ne peuvent avoir puisqu'elles sont frappées, pour partie, d'une nullité éventuelle qui est d'ordre public. Ils peuvent, certes, ralentir l'action de la femme, compenser peut-être certains inconvénients ; mais c'est tout. Ils doivent toujours et tous être employés ; mais il ne faudra voir en eux que des moyens défensifs dont l'efficacité n'est elle-même que relative. Si, peu soucieuse des recours que le tiers pourra exercer contre elle ou de l'inutilité de son entreprise, la femme veut absolument attaquer les conventions relatives à son hypothèque légale qu'elle a consenties antérieurement, elle pourra toujours le faire. La solidarité notamment fait trop souvent illusion ; on a tendance à se figurer qu'un acquéreur ne court aucun risque parce que la femme du vendeur s'est obligée solidairement à la garantie ; on se dit que la femme ne peut agir en nullité de sa renonciation à son hypothèque légale parce qu'elle est garante. C'est une erreur ; cette solidarité peut être invoquée dans toute la mesure où la femme peut s'obliger mais, en cette matière, la femme s'est obligée à garantir une chose qu'il ne lui était pas possible de garantir. La solidarité ne peut pas couvrir la

nullité d'ordre public dont est affectée la renonciation, en tant que l'hypothèque légale garantirait une pension alimentaire. Qu'une femme dotale s'engage solidairement avec son mari vendeur, cela ne l'empêchera pas de pouvoir arguer de la nullité de sa renonciation à son hypothèque légale. Sous n'importe quel régime, qu'une femme s'engage avec la même solidarité, mais que la renonciation à l'hypothèque soit faite par acte sous seings privés, la solidarité sera valable et la renonciation sera cependant sans effet. Nous sommes dans un cas semblable. Et le même raisonnement peut être fait à l'égard de la femme débitrice solidaire. Les arrêts de la Cour de cassation du 12 décembre 1921 et du 3 juillet 1928, si souvent cités au cours de notre étude, ont d'ailleurs été rendus sur des espèces où la solidarité avait bien été stipulée. Et au surplus, remarquons que le recours, presque toujours, serait sans utilité car le tiers se trouvera le plus souvent devant une femme sans ressources ou qui n'aura que celles lui provenant de sa pension alimentaire elle-même... qui est insaisissable.

Voilà donc la faiblesse des moyens que nous avons cependant recherchés avec le plus grand soin. L'enseignement qui en découle, c'est qu'en tout cas jamais les tiers ne doivent contracter avec des époux dans l'ignorance de toutes ces conséquences. Il faut absolument les prévenir, c'est le rôle du notaire; et c'est aussi en les prévenant que ce dernier pourra dégager sa responsabilité.

§ 2. — SITUATION DU NOTAIRE.

Le notaire, nous l'avons vu, engagerait maintenant, d'une façon certaine sa responsabilité, s'il passait sous silence les risques que courent les tiers bénéficiant d'une subrogation ou d'une renonciation à l'hypothèque légale de la femme. Il doit donc leur faire comprendre que ces opérations n'ont qu'une valeur relative et que leur sécurité n'est pas absolu-

ment complète. Après avoir donné tous renseignements à ce sujet, si les parties veulent néanmoins donner suite à leurs intentions, il agira sagement en se faisant délivrer une décharge de responsabilité très explicite.

Mais c'est surtout de la rédaction de son acte que devra ressortir nettement l'avis donné par le notaire aux parties contractantes. Jusqu'ici les formules de la subrogation et de la renonciation étaient écrites dans un sens général. Il importe de changer immédiatement cette rédaction trompeuse et de la remplacer par une nouvelle où il sera prévu clairement que l'opération juridique n'est consentie que dans la mesure où la femme peut la consentir. Une nullité d'ordre public plane sur cette clause, il est donc indispensable de faire voir qu'on y pense et qu'on entend bien ne s'obliger que dans les limites permises par la loi. Le moyen d'ailleurs est simple, il a déjà été indiqué par quelques revues de notariat (1) : il consiste à insérer, dans les formules habituelles, les mots « dans toute la limite permise par la loi. » L'acte, ainsi rédigé, mettra certainement le notaire à l'abri de tout recours ultérieur, puisqu'il fournira la preuve que l'officier ministériel a absolument tout prévu et tout indiqué à ses clients, qui ont agi en connaissance de cause.

A ce sujet nous devons faire une remarque complémentaire. Certains notaires, notamment à Paris, se basant sur le 3^e alinéa de l'article unique de la loi du 13 février 1889 ainsi conçu : « En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par la femme, à son hypothèque légale, ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule, soit comme co-venderesse, soit comme garante ou caution de son mari », suppriment la plupart du temps, dans la rédaction de leurs actes de vente où le prix est payé comptant, la formule même de la renonciation à l'hypothèque légale quand la femme est venderesse solidaire.

(1) Voir notamment : *Bulletin de l'Association Nationale des Notaires de France*, 15 février 1929, p. 88.

C'était assurément une excellente pratique car il n'est pas besoin de redire ce que la loi stipule en dehors de toute clause expresse. Mais désormais, comme cette renonciation ne peut plus être générale et que le notaire doit montrer qu'il en a averti ses clients, il devient indispensable de reproduire la formule, en la complétant comme nous l'indiquons. Nous aurons par exemple la rédaction suivante : « Mme A, spécialement autorisée à cet effet par son mari, déclare, comme conséquence de son concours aux présentes et de son engagement solidaire de garantie envers l'acquéreur, renoncer expressément en faveur dudit acquéreur, *dans toute la limite permise par la loi*, à tous les droits que lui confère son hypothèque légale contre son mari sur l'immeuble vendu ainsi qu'à tous droits de suite et de préférence sur le prix, entendant que cette renonciation vaille purge au regard de l'acquéreur et emporte extinction de ladite hypothèque légale. » A l'égard de la formule de subrogation à l'hypothèque légale, sans qu'il soit besoin de la rappeler, nous estimons qu'elle offrira de même toute sécurité pour le notaire pourvu que celui-ci insère la même restriction. Nous avons d'ailleurs eu l'occasion plusieurs fois de constater que cette précaution, que nous recommandons fort, était mise en application dans quelques études. Il faut que les notaires sachent bien qu'elle peut les protéger de la façon la plus complète et que, dès lors, ils se doivent de toujours la prendre.

Si, à présent, nous nous résumons, après avoir recherché les différents remèdes qu'il était possible de découvrir contre les conséquences si néfastes qui découlent de la nullité des renonciations et des subrogations à l'hypothèque légale de la femme, quand celle-ci devient créancière d'une pension alimentaire, nous pouvons dire ceci :

Le notaire a un moyen certain et facile de dégager sa responsabilité : il lui suffit de modifier légèrement la formule de ses actes.

L'acquéreur a un moyen certain de se protéger également, c'est de toujours procéder aux formalités de purge. Mais c'est là une belle complication !

Le créancier, lui, n'a aucun moyen de défense. Il ne peut tourner ses regards que vers des procédés accessoires dont l'efficacité doit être considérée comme à peu près nulle.

Dans ces conditions, il est aisé de penser par quelle conclusion générale nous sommes amené à terminer notre étude.

CONCLUSION

Quand, d'un principe juridique, on tire un certain nombre de conséquences fâcheuses, qu'on reconnaît que celles-ci sont cependant logiques, cela prouve une chose : c'est que le principe ne vaut absolument rien ; il faut l'abolir et, pour cela, modifier les textes sur lesquels il s'appuie. Tel est le cas en notre matière.

Nous avons quelques données. D'une part, la femme a une hypothèque légale pour lui garantir le paiement des sommes que son mari peut lui devoir et cette hypothèque légale prend date au jour de la célébration du mariage.

D'autre part, les époux se devant secours et assistance, si la vie en commun disparaît, l'un doit servir une pension alimentaire à l'autre, et cette pension est incessible.

Mais, partant de ces principes généraux, deux évolutions se sont fait jour pour leur application au problème plus restreint qui concerne l'hypothèque légale et la pension alimentaire de la femme séparée de corps ou divorcée.

La première a précisé l'existence même de cette hypothèque, a déterminé son rang, a marqué, d'une façon de plus en plus étroite, le lien qui existe entre la créance et sa garantie, celle-ci reflétant inévitablement les caractères de celle-là, pour arriver à décider que, la créance étant indis-

ponible, l'hypothèque légale qui la garantit est également indisponible.

La seconde, s'attachant à la nature des différentes créances dont la femme peut être titulaire, en a analysé et trouvé semblables les caractères prédominants et montré qu'elles pouvaient se rattacher à une même famille ayant une même source : le mariage. Elle élargit donc le champ d'application de la première et ces deux évolutions, faisant ainsi leur jonction, produisent les logiques, mais inadmissibles, conséquences que nous connaissons. L'ensemble est solide ; mais il ne peut être plus longtemps toléré, alors surtout que nous n'avons présentement aucun moyen de défense. Formé de deux courants distincts, il sera détruit si nous agissons soit sur l'un, soit sur l'autre, soit sur leur point de réunion. Trois directions s'offrent donc à notre intervention pour arriver à détruire la construction qui s'est établie : la créance, l'hypothèque légale, le lien entre la créance et l'hypothèque.

Agir sur la créance de pension alimentaire n'est pas un moyen à envisager. Qu'on déclare cette créance cessible et assurément tout l'édifice s'écroule. Mais le résultat dépasserait la réforme cherchée. L'incessibilité de la créance, comme son insaisissabilité d'ailleurs, reposent sur des raisons d'humanité qui sont très louables. Les aliments sont destinés à assurer la subsistance de l'individu. Or l'incessibilité est le moyen de protéger celui à qui ils sont fournis contre son ignorance, son insouciance même des affaires, de l'empêcher de transformer en un capital, immédiatement et totalement consommable, les ressources indispensables à sa vie qui lui sont versées jour par jour et de retomber dans le dénuement. On ne saurait donc modifier cet état de choses très juste en lui-même. Au surplus l'incessibilité de la créance alimentaire est une protection individuelle qui profite à son bénéficiaire contre lui-même et non contre

les autres. Ce n'est pas par elle-même qu'elle porte atteinte aux droits des tiers, c'est par l'hypothèque légale qui peut être susceptible de la garantir.

Il semble donc que ce soit contre cette hypothèque qu'il faille se tourner. Mais nous nous trouvons alors en présence d'une matière complexe qu'il est possible d'atteindre de façons différentes. On peut agir spécialement sur l'existence de l'hypothèque à l'égard de la créance alimentaire, sur le rang qui lui est donné, sur les conventions dont elle est l'objet. On peut encore agir, d'une façon plus générale, en s'en prenant à l'institution elle-même de l'hypothèque légale de la femme mariée. Laquelle de ces réformes devons-nous adopter ? Nous considérons personnellement que la solution véritable est la suppression radicale de l'hypothèque de la femme mariée. C'est là notre conviction profonde ; malheureusement elle est fondée sur la considération non seulement des inconvénients que nous avons signalés dans cette étude, mais aussi d'autres, et plus nombreux, se rattachant à des problèmes que nous n'avons pas eu à traiter ici. Notre étude s'est fixée sur une question trop étroite, posée par l'hypothèque légale, pour justifier à elle seule une réforme de toute l'institution. En d'autres termes, nous n'avons pas qualité, dans la conclusion de notre travail, pour réclamer une réforme de cette envergure. D'autre part, nous savons quelle force d'inertie opposent les longues traditions et quel temps il faut pour les abolir, même lorsqu'on a reconnu qu'elles ne concordent plus avec la vie présente. Dès lors, demander la disparition d'une institution enracinée depuis si longtemps dans notre droit, c'est la certitude d'attendre de longues années sans voir arrêtées les néfastes conséquences que nous avons signalées. Or celles-ci doivent être supprimées au plus tôt ; nous pouvons avoir l'idée d'une réforme complète ; mais, la sachant impossible à obtenir rapidement, nous devons nous retourner vers des moyens plus simples qui pourront être appliqués immé-

diatement, qui apporteront déjà un soulagement suffisant et permettront d'attendre. Nous sommes donc conduit, à notre grand regret d'ailleurs, à revenir vers l'étude de réformes plus modérées ne pouvant que retoucher partiellement les caractères de l'hypothèque légale. C'est dans ce sens que deux propositions de loi ont été déposées.

La première qui remonte déjà au 26 mars 1924 a été présentée par M. le député Lafayette. Elle est en ce moment soumise à l'examen de la Commission de législation civile et criminelle de la Chambre des députés et est ainsi conçue :

« ARTICLE PREMIER. — L'article 212 du Code civil est complété ainsi qu'il suit : La femme ne peut se prévaloir des dispositions du présent article pour exercer son hypothèque légale sur les biens de son mari, à l'encontre des renonciations, cessions, subrogations ou purges qu'elle a faites ou laissé faire en se conformant à son régime matrimonial.

ARTICLE DEUXIÈME. — La présente loi est applicable aux renonciations, cessions, subrogations ou purges déjà effectuées au moment de sa promulgation ».

Ce texte assurément redonnerait toute leur validité aux subrogations et renonciations, nonobstant l'octroi à la femme d'une pension alimentaire. Toutefois il semble, peut-on dire, présenter quelque chose d'assez maladroit. Sans doute on ne saurait lui reprocher son caractère d'exception puisque, en l'absence d'une réforme générale, il faut nécessairement revenir vers une mesure de circonstance ; mais ce caractère, pour être acceptable, doit cependant être en quelque sorte voilé et non apparaître d'une façon aussi brutale. L'article 212, tel qu'il existe actuellement, est un texte clair et court. Il donne trois directives générales aux époux, sous la forme la plus concise. On ne peut accepter la longue addition dont on voudrait le faire suivre en l'alourdisant con-

sidérablement. Ajoutons que pour la comprendre il faut avoir suivi toute cette étude de la pension alimentaire et de l'hypothèque légale mais qu'à la lecture, pour l'esprit non averti, en vérité, elle ne présente pas beaucoup de liaison avec ce qui la précède : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance ». A notre avis cette modification, bonne dans le résultat qu'elle obtient, n'est donc pas à sa place. Il y a plus : elle est incomplète. Conçue en 1924, elle n'a pas prévu l'évolution qui s'est réalisée depuis. Elle n'a en réalité songé qu'à la pension accordée à la femme après séparation de corps ; elle n'a été motivée que par l'arrêt de la Chambre civile du 12 décembre 1921. Sans doute, il serait possible de l'appliquer à la pension accordée après divorce, car nous avons vu que la pension de l'article 301 a sa base dans l'article 212 lui-même ; cela cependant serait peut-être encore matière à discussions. En tout cas, elle ne vise pas du tout la pension qui peut être accordée à la femme séparée de corps ou divorcée pour l'entretien des enfants et qui, elle, a sa source dans l'article 203. Elle ne s'applique qu'aux rapports des époux entre eux, son auteur n'ayant pu avoir connaissance des arrêts de la Chambre des Requêtes des 3 et 26 juillet 1928. Son action trop directe est, pour cette raison même, trop étroite. On ne peut donc défendre cette réforme insuffisante.

La deuxième proposition de loi, présentée par M. le sénateur Besnard (1), suit une autre idée. On s'est dit que l'hypothèque légale était désastreuse pour les tiers, lorsque la femme devenait créancière d'aliments, à cause uniquement de son rang privilégié. Pour faire disparaître ses inconvénients il suffirait donc de s'attaquer à celui-ci, en empêchant l'hypothèque, garantissant une telle créance, de rétroagir. La loi proposée a son article unique ainsi rédigé :

(1) *J. Off.* du 28 déc. 1929 (Deb. parl. du Sénat).

« L'article 2135 du Code civil est complété par l'adjonction, avant le dernier alinéa, du paragraphe suivant :

Elle n'a d'hypothèque pour garantir le paiement de la pension alimentaire qui lui est judiciairement accordée en cas de divorce ou de séparation de corps, soit pour elle personnellement, soit pour élever les enfants issus du mariage, qu'à compter du jour de la demande en séparation de corps ou divorce ; elle ne pourra d'aucune façon renoncer à aucun des droits qu'emporte cette hypothèque. »

Cette réforme paraît séduisante. Elle continue, avec une similitude de rédaction, la série des exceptions posées par l'article 2135. Toutefois son examen amène des critiques. Tout d'abord, remarquons qu'en donnant à cette hypothèque légale le rang que lui assigne le jour de la demande en séparation de corps ou en divorce, on la rend à peu près inutile. En effet elle fera double emploi avec l'hypothèque judiciaire dont profitera la femme, à la suite du jugement, c'est-à-dire assez peu de temps après cette demande. La créance de pension alimentaire se trouvera donc protégée par deux hypothèques ayant à peu près le même rang, par suite la même valeur. On ne peut pas accepter ce résultat, il eut été préférable alors de dire nettement que l'hypothèque légale ne garantirait plus la créance alimentaire. D'autre part, si ce texte présente l'avantage certain de protéger les tiers contre la rétroactivité de l'hypothèque de la femme, il semble cependant que l'idée qui l'inspire est un peu arbitraire et excessive dans ses conséquences. La source de la créance est le mariage, il n'est donc pas juridique de décider que la garantie légale prendra naissance à une autre date. Si nous considérons les exceptions posées par l'article 2135, nous voyons qu'en réalité elles ont pour but de retarder la naissance de l'hypothèque légale jusqu'au moment où la femme devient vraiment créancière à l'égard de son mari. La proposition de loi de M. Besnard est tout à fait différente : elle

suspend le rang de l'hypothèque alors que la créance est née depuis longtemps. Cette adjonction est trop nettement contraire à l'esprit de l'article où l'on voudrait l'incorporer. Enfin la créance alimentaire n'offre-t-elle pas un intérêt vraiment particulier qui interdit qu'elle soit en définitive dépourvue de l'hypothèque qui garantit les autres créances ? L'hypothèque légale existant, la créance de sommes nécessaires à la vie de son bénéficiaire n'est-elle pas la première et non la dernière à pouvoir en bénéficier ? Il paraît bien qu'on ne puisse défendre cette proposition. Au surplus, même à l'égard des tiers, est-ce bien le résultat qu'elle entraîne qui est la réforme voulue ? Il ne le semble pas. Lorsque la femme n'a ni renoncé ni subrogé à son hypothèque légale, nous ne voyons rien de critiquable à ce qu'elle vienne avant les créanciers de son mari, pour se faire payer de sa pension alimentaire car sa créance présente un intérêt tout spécial. Mais, qu'elle ne puisse renoncer à ce rang privilégié ou surtout qu'y ayant renoncé, elle puisse contester la validité de son acte et surprendre la bonne foi des tiers, c'est cela qui est excessif et choquant. C'est là qu'il faut intervenir, mais c'est là uniquement.

Réduit à envisager une réforme spéciale, ce n'est donc pas sur la créance, sur l'hypothèque légale, seules, que nous devons agir, mais bien sur le point de concours des deux évolutions, que nous avons dégagées, en les empêchant de produire les excessives conséquences que leur réunion entraîne.

« On avait toujours cru jusqu'ici », disait-on en 1922 (1), « que l'intervention de la femme régulièrement exercée dans tous les actes du mari où soit une cession d'hypothèque légale, soit un désistement de cette hypothèque sont utiles, suffisait pour donner aux tiers la sécurité ». En 1928, rappelant l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, M. Lemaître écrivait : « Cet article avait été interprété en ce sens que la

(1) *Circulaire mensuelle du Comité des notaires des départements*, février 1922, n° 328, p. 150.

femme mariée majeure peut, avec l'autorisation de son mari ou de la justice, renoncer à son hypothèque légale ou y subroger, à moins qu'elle ne soit mariée sous le régime dotal » (1). Le vœu unanime est donc, avant tout, d'empêcher la nullité des subrogations ou des renonciations à l'hypothèque légale et là doit en effet se borner la réforme, sans pour cela aller, contrairement à tout esprit juridique, jusqu'à changer le rang de cette hypothèque légale lorsqu'elle garantit une créance alimentaire qui a sa source dans le mariage. C'est bien ainsi que M. Maguet avait envisagé le problème (2), lorsque, avant la proposition de loi de M. Besnard, il proposait d'ajouter le cinquième alinéa suivant à l'article 2135 :

« Elle a une hypothèque légale pour garantir le paiement de la pension alimentaire qui lui est judiciairement allouée en cas de divorce ou de séparation de corps, soit pour elle personnellement, soit pour élever les enfants issus du mariage ; mais les effets de cette hypothèque ne peuvent être opposés aux tiers, acquéreurs ou prêteurs, qui ont bénéficié de renonciations, cessions, subrogations ou purge avant la date de la demande en divorce ou en séparation de corps. »

Ce texte confirmait, en réalité, l'existence et le rang de l'hypothèque légale, mais l'empêchait de nuire aux tiers auxquels la femme avait consenti une renonciation ou une subrogation. Il ne s'agit pas, en effet, d'autre chose et c'est bien le sens que doit avoir la réforme. Ce qu'il faut, c'est valider les renonciations et les subrogations, et, à ce sujet, le texte de M. Maguet est excellent. Toutefois, ce qu'on peut lui reprocher c'est encore sa place. Il vient s'incorporer à l'article 2135 qui n'a en vue que le rang de l'hypothèque et non les con-

(1) *J. des Not. et des Avoc.*, 1928, p. 1023.

(2) *Bulletin de l'Association des Notaires de France*, 1929, p. 81 et suiv.

ventions dont elle peut être l'objet. Or le texte qui vise ces conventions, relatives à l'hypothèque légale, c'est l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. C'est sur lui, croyons-nous, qu'il conviendrait de faire porter la modification. Elle serait d'ailleurs très simple. Ce texte, nous le savons, débute par les mots : « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique... ». Toute la théorie de la nullité des renonciations et subrogations, dans la mesure où l'hypothèque légale garantit une créance alimentaire, n'a été rendue possible que par l'interprétation des premiers mots « dans le cas où les femmes peuvent ». On pensait généralement qu'il n'y avait qu'un cas seulement où la femme n'avait pas ce pouvoir : celui où elle était mariée sous le régime dotal, alors que, devant les termes trop imprécis de cet article, il a été possible de dire qu'il pouvait y en avoir plusieurs. Dès lors, si cette interprétation était rendue impossible, si cet article disait clairement que, hors le cas de régime dotal, la femme peut toujours subroger ou renoncer à son hypothèque légale, la croyance ancienne aurait cette fois la base la plus solide ; les renonciations et les subrogations consenties par la femme reprendraient toute leur valeur et les tiers ne pourraient plus être inquiétés au cas où la femme viendrait à être créancière d'aliments. Nous pensons donc que la réforme cherchée consiste seulement à modifier les premiers mots de l'article 9 de la loi de 1855 pour avoir la rédaction suivante :

« Les femmes, capables de s'obliger, non mariées sous le régime dotal, peuvent toujours céder valablement leur hypothèque légale ou y renoncer, mais cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique et... ».

A notre avis, c'est la réforme la plus simple qu'il soit

possible d'envisager et celle qui se glisse le mieux dans les textes existants. Les propositions de lois de M. Lafagette et de M. Besnard ont l'inconvénient de compliquer et d'alourdir une matière déjà suffisamment complexe. Notre intervention aurait au contraire l'avantage de simplifier. Si la possibilité de subroger ou de renoncer à l'hypothèque légale pouvait comporter plusieurs exceptions, nous les limitons désormais à une seule : le cas où la femme est mariée sous le régime dotal. Cette possibilité redevient la règle ferme, sur laquelle la pratique peut alors retrouver toute sécurité, sans que les principes juridiques aient pour cela été bouleversés.

Telle serait, croyons-nous, parmi les mesures spéciales entre lesquelles on peut choisir, celle qui s'harmoniserait le mieux avec la législation actuelle, celle surtout qui, étant la plus simple, devrait avoir le plus de chances d'aboutir rapidement. Car n'oublions pas qu'en la matière qui nous préoccupe ce qu'il faut, avant tout, c'est aller vite ; pour cela il faut agir le plus simplement possible. Ensuite il sera loisible de penser à une réfection plus large, à la véritable réforme vers laquelle nous ne pouvons nous empêcher de revenir : la suppression complète de l'hypothèque légale. Cette institution ne cadre plus du tout aujourd'hui avec notre vie économique. D'une part, elle gêne considérablement le fonctionnement de toutes les opérations juridiques relatives à la propriété immobilière. D'autre part, si nous considérons la protection qu'elle cherche à assurer, il n'est pas difficile de remarquer qu'elle suppose nécessairement une fortune immobilière appartenant au mari. Or, on peut le dire, ce n'est pas le cas général. La fortune mobilière est, de nos jours, beaucoup plus fréquente et dans ce cas, l'hypothèque légale est sans utilité pour la femme. Enfin dans les circonstances les plus favorables, c'est-à-dire lorsque le mari possède des immeubles, nous constatons ceci : ou la femme peut renoncer à son hypothèque et

alors toute la protection cherchée disparaît, ou elle ne peut y renoncer et alors elle est protégée, mais cela entraîne les conséquences inadmissibles que nous connaissons. Et c'est bien, dans l'évolution historique, la lutte à laquelle nous assistons. Le Code civil avait ignoré la pratique des renonciations et des subrogations. On a compris qu'il fallait les admettre ; or, en réalité, cette pratique aboutit à supprimer tous les avantages de l'hypothèque légale. On s'en est aperçu et on a voulu y parer récemment en interdisant à nouveau ces conventions ; or nous avons montré qu'il est impossible de persévérer dans cette voie. Une institution n'est-elle pas en vérité condamnée lorsqu'elle suppose, pour se maintenir, l'existence d'une pratique qui la supprime ! Il faut qu'elle disparaisse.

Il existe bien un avant-projet de réforme hypothécaire, élaboré par la Société d'Etudes Législatives (1), qui cherche à enlever à l'hypothèque légale tous les sujets de reproche. En ce qui concerne l'hypothèque de la femme, il décide que, pour être opposable aux tiers, elle devra nécessairement être inscrite, que ses effets n'existeront qu'à compter du jour de son inscription et qu'ils seront limités au maximum de la somme indiquée. Ces règles de publicité, de non rétroactivité et de spécialité de la créance changeraient totalement l'institution ; c'est évident. Cependant nous ne sommes pas partisan de cette réforme qui tend à réorganiser ce que nous préférons voir abolir, qui ne s'attaque pas au principe lui-même mais qui, en atténuant la gravité de ses conséquences, risque de le prolonger encore dans le temps.

Au reste, nous connaissons très bien la pensée qui inspire ce projet. M. Capitant, le président de la Commission chargée d'étudier la réforme, disait : « On pouvait supprimer simplement l'hypothèque légale de la femme mariée, et je crois qu'un certain nombre de membres de la Com-

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1928, p. 222 et suiv.

mission — j'en étais pour ma part — se montraient favorables à cette suppression. Mais nous avons estimé qu'on arriverait au même résultat par une réforme moins radicale consistant simplement à soumettre l'hypothèque légale de la femme mariée à l'inscription. Nous avons pensé que, dans la plupart des cas, cette inscription ne serait pas prise et que par là même, l'hypothèque légale de la femme disparaîtrait » (1). Le but de la réforme est donc bien la disparition de l'hypothèque légale ; mais alors pourquoi adopter une réforme avec cette arrière-pensée que son efficacité viendra du fait que les mesures qu'elle édicte ne seront pas suivies ? Il nous semble préférable de procéder directement. Il n'est pas besoin de faire cette expérience. Au surplus elle ne présente peut-être pas toutes les garanties qu'on veut bien lui prêter. Son succès est, en somme, fondé sur l'espoir que la femme ne prendra pas inscription ; l'avenir peut très bien démentir cet espoir. Actuellement l'hypothèque légale n'est, pour ainsi dire, jamais inscrite ; mais cela vient de ce que ses effets existent, indépendamment de cette inscription ; le jour où il n'en sera plus ainsi, rien ne dit que la pratique restera la même. Nous pensons, en tout cas, que les notaires ne manqueront pas de conseiller l'inscription, même à l'égard des créances éventuelles, dès lors que leur source existera, et alors la plupart des résultats escomptés seront manqués.

Puisque le but avoué est la disparition de l'hypothèque légale, il semble donc bien que la suppression totale soit la plus sûre des méthodes. Si c'est l'ancienneté de l'institution qui fait hésiter à l'abattre, il suffit de jeter un coup d'œil sur la législation de certains pays étrangers pour dissiper les craintes. En Allemagne, en Suisse, en Angleterre, l'hypothèque légale n'existe plus et son absence ne produit que des bienfaits. Sans doute, chez nous, il ne s'agirait pas d'opé-

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1929, p. 134.

rer cette suppression au moyen d'un simple trait de plume, car certaines matières présentent des caractères qui tiennent compte de l'existence de cette hypothèque : c'est notamment les règles relatives à la puissance maritale. Il serait donc nécessaire, en abolissant l'hypothèque légale de procéder en même temps à quelques retouches en matière de régimes matrimoniaux, en ce qui concerne les pouvoirs d'administration du mari. Qui contesterait d'ailleurs l'utilité d'une certaine revision sur ce point ? La femme ne peut rester dans l'état de dépendance juridique que le Code lui impose à l'égard de son mari et qui ne se comprend plus à notre époque. S'il faut la protéger, ce n'est pas en la considérant toujours comme une « incapable », c'est au contraire en la relevant, dans une certaine mesure, de cette incapacité juridique. La *protection* ne saurait donc plus résider dans l'hypothèque légale, qui se révèle d'ailleurs souvent bien insuffisante ; elle doit être cherchée dans une autre voie. Sous le régime de la communauté, par exemple, « associer plus étroitement la femme à la gestion des biens servant à alimenter le ménage, exiger son intervention toutes les fois qu'il s'agit d'aliénation ou de constitution d'hypothèque, telle serait à notre avis la seule réforme qui assurerait efficacement, sans danger pour le crédit, le recouvrement des créances de la femme contre son mari » (1).

Conclusion beaucoup trop large pour notre travail, dirait-on ; nous le savons. Mais, après avoir indiqué le moyen immédiat de remédier aux inconvénients, malheureusement logiques, que nous avons dégagés dans notre étude, il peut, croyons-nous, nous être permis de replacer le problème, que nous avons traité, dans le cadre général de l'institution elle-même. Là nous faisons l'apport de nos recherches à ceux qui se fondent sur d'autres observations pour réclamer, eux aussi, la suppression de cette

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, 4^e édit., t. 2, p. 921.

hypothèque légale de la femme mariée. Persuadé que telle est la seule réforme véritable, c'est donc en la réclamant énergiquement que nous avons voulu clore notre étude et, quand la vieille citadelle s'écroulera, nous serons heureux de penser que notre travail a pu être l'un des renforts dont l'intervention répétée a fini par en déterminer la chute.

Vu : le Doyen,
H. NÉZARD.

Vu : le Professeur, Président de la thèse,
ED. GOMBEAUX.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie, Président du Conseil de l'Université,
L. MAIGRON.

BIBLIOGRAPHIE

- ANDRÉ (Albert). — *Traité pratique du régime hypothécaire*, n° 632.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil*, 4^e éd., t. 3, § 264 *ter*. — 5^e éd.
t. 3, § 264 *ter* et 288; t. 4, § 312; t. 5, § 359; t. 8, § 480.
- AUDINET. — Note, S. 1923.1.353.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité théorique et pratique de droit civil* :
Des personnes, par Houques Fourcade, 3^e éd., t. 3, n^{os} 2108
et suiv. — Des biens, par Chauveau, éd., 1900, t. 3, n^o 289. —
Des obligations, par Barde, 3^e éd., t. 1, n^o 604. — Du nan-
tissement, des privilèges et hypothèques, par de Loynes,
3^e éd., t. 2, n^{os} 905, 981, 1043, 1044, 1047.
- BEQUÉ. — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1926,
p. 330.
- BÉQUIGNON (Mlle Odette). — *Les sanctions civiles en cas de divorce*,
thèse Caen, 1928.
- BEUDANT. — *Les contrats et les obligations*, n° 514.
- CAPITANT. — Note, D. P. 1922.1.154.
— Note, D. P. 1927.1.129.
- CÉSAR-BRU. — Note, D. P. 1898.2.105.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil*, 4^e éd., t. 2,
p. 13, 882, 904, 909, 910, 916, 920, 921, 998.
- DEMOGUE. — *Nature et effets du droit éventuel*, *Revue trimestrielle de
droit civil*, 1905, p. 306 et 307.
- DEMOLOMBE. — *Cours de code Napoléon*, t. 4, n° 78.
- FAUVEL. — *Journal des Notaires et des Avocats*, 1922, p. 144.
- FENET. — *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, p. 336
et 401.
- FERRIÈRE. — *Dictionnaire de droit et de pratique*, éd., 1758, t. 1,
p. 635.
- GAL. — *La pension alimentaire de la femme séparée de corps ou divorcée
et les subrogations à l'hypothèque légale*, thèse Montpellier,
1931.
- GAUDEMET. — Note, S. 1912.1.313.

- *Revue trimestrielle de droit civil* : 1910, p. 155; 1922, p. 395; 1930, p. 94.
- GERVÉSIE. — *Pension alimentaire après divorce*, Thèse Lyon, 1928.
- GUILLOUARD. — *Contrat de mariage*, t. 1, n° 390. — *Privilèges et Hypothèques*, t. 4, n° 1697.
- HUC. — *Cession de créances*, t. 1, n° 184 et suiv.
- LABBÉ. — Note, S.1893.1.225.
- LAURENT. — *Principes de droit civil français*, t. 3 p. 311; t. 30 n° 333; t. 31 n° 324.
- LEMAITRE. — *Journal des Notaires et des Avocats*, 1928, p. 1023.
- LOYNES (DE). — Note, D.P. 1894.2.25.
— Note, D.P. 1900.2.193.
- MAGUET. — *Bulletin de l'Association nationale des Notaires de France*, 15 février 1929, p. 81.
— *Journal des Notaires et des Avocats*, 5 février 1930, p. 159.
- MÉRIGNHAC. — *Traité théorique et pratique des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, p. 29 et suiv.
- MICHEL. — Note, D. P. 1897.1.553.
- NAST. — Note, D.P. 1926.2.97.
— *Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement*, 15 janvier 1930, n° 22.244.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e édit., t. 1, n° 1259; t. 2, nos 286, 2821, 3114, 3495, 3497.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil* : t. 1, Les personnes, par Savatier, n° 389; t. 2, La famille, par Rouast, nos 52, 62, 657, 678; t. 13, Les sûretés réelles, par Becqué, n° 447.
- POTHIER. — *Traité de la Communauté*, édit. Bugnet, t. 7, nos 762 à 768.
- RIPERT. — *Caractère de la pension alimentaire allouée au cas de divorce*, D. H., 1927, chronique, p. 53.
— Note, D. P. 1928.1.6.
- ROGER (François). — *Journal des Notaires et des Avocats*, 20 nov. 1929, art. 36025.
- ROULOIS (F. et G.). — *Revue du notariat et de l'enregistrement*, 15 nov. 1928, étude en hors-texte.
- SAVATIER. — Note, D. P. 1929.1.9.
- WAHL. — Note, S. 1895.2.25.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	1
Émoi causé par les arrêts récents de la Cour de Cassation. Position de la question Plan de notre étude.	
CHAPITRE I. — Existence de l'hypothèque légale.....	11
Importance de cette question. Evolution historique et difficultés rencontrées. Le laconisme des textes oblige à traiter un problème plus large, pour résoudre celui qui nous préoccupe.	
Section I. — L'hypothèque légale garantit-elle toutes les créances résultant du fait du mariage?	14
Les théories en présence. La réponse affirmative qu'il convient d'adopter.	
Section II. — La créance de pension alimentaire a-t-elle sa source dans le fait du mariage?	21
Les théories en présence. La réponse affirmative qu'il convient d'adopter.	
CONCLUSION : l'hypothèque légale garantit la créance de pension alimentaire.	
CHAPITRE II. — Rang de l'hypothèque légale.....	27
Importance du rang de l'hypothèque légale. Les différentes façons d'interpréter l'article 2135 du Code civil. Elles conduisent, en réalité, à la même conclusion :	
L'hypothèque légale prend rang au jour de la célébration du mariage.	
CHAPITRE III. — Conventions relatives à l'hypothèque légale.	34
Nécessité pour toute étude sur l'hypothèque légale d'une étude sur la créance garantie.	
Section I. — Remarques préliminaires sur la créance de pension alimentaire.....	36
Incessibilité de la créance. Raisons de cette incessibilité :	
1 ^o Raisons de textes.....	37
2 ^o Ordre public.....	39
Importance capitale de ce caractère d'indisponibilité.	

<i>Section II. — La subrogation à l'hypothèque légale.....</i>	43
§ 1. — Caractères de la subrogation à l'hypothèque légale..	47
Analyse de cette opération juridique afin d'arriver à préciser les deux points essentiels :	
1 ^o Que cède la femme ?.....	50
2 ^o Que conserve la femme ?.....	51
§ 2. — La subrogation est-elle possible quand l'hypothèque légale garantit la créance de pension alimentaire ?.....	56
Les deux théories en présence : Théorie affirmative, théorie négative. Les arguments se ramènent à la discussion des deux propositions suivantes posées par la théorie affirmative :	
1 ^o La subrogation n'emporte pas cession de la créance.....	59
Dans quel sens faut-il prendre cette proposition ; quelles conséquences il est impossible d'en tirer.	
2 ^o L'hypothèque et la créance garantie sont deux choses absolument distinctes.....	61
Inexactitude de cette proposition.	
CONCLUSION : L'hypothèque est l'accessoire de la créance et prend son caractère. La créance étant incessible, l'hypothèque l'est également. Analogie avec le régime dotal. Impossibilité pour la femme de subroger.	
<i>Section III. — La renonciation à l'hypothèque légale.....</i>	69
Il existe deux sortes de renonciation à l'hypothèque légale :	
§ 1. — Renonciation subrogative.....	71
Celle-ci peut se présenter sous deux aspects différents :	
1 ^o Renonciation subrogative sur l'immeuble vendu. — Sa nullité.....	72
2 ^o Renonciation subrogative sur tous les immeubles du mari. — Sa nullité.....	74
§ 2. — Renonciation abdicative.....	75
A première vue elle semblerait possible ; mais des doutes se présentent néanmoins ; d'où nécessité de préciser.	
1 ^o La purge est-elle possible ?.....	77
La réponse affirmative s'impose.	
2 ^o La renonciation abdicative à l'hypothèque légale est-elle possible ?.....	80
Arguments en faveur de l'affirmative. Leur rejet.	
CONCLUSION : La femme ne peut renoncer à son hypothèque légale.	
<i>L'évolution qu'il est possible de dégager de cette étude.....</i>	88

CHAPITRE IV. — Essai de systématisation des différentes pensions alimentaires servies à la femme en cas de séparation de corps ou de divorce.....	90
Importance de ce chapitre qui cherche à délimiter le champ d'application des théories posées aux chapitres précédents.	
Section I. — La créance personnelle de pension alimentaire au profit de la femme séparée de corps.....	92
Son caractère alimentaire et sa source dans le mariage ne peuvent faire l'objet d'aucun doute.	
Section II. — La créance personnelle de pension alimentaire au profit de la femme divorcée.....	94
Difficultés soulevées à son sujet. Controverses :	
1 ^o Théorie indemnitaire.....	96
2 ^o Théorie alimentaire. Embarras de la jurisprudence.....	97
3 ^o Théorie éclectique.....	102
La créance de la femme divorcée est une indemnité alimentaire ; elle a sa source dans le mariage. Valeur de cette théorie. Son succès probable auprès de la jurisprudence.	
Section III. — La créance de pension alimentaire au profit de la femme séparée de corps ou divorcée pour l'entretien des enfants dont elle a la garde.....	108
Comment la question se pose. Difficultés soulevées :	
1 ^o Source dans le mariage.....	110
2 ^o Caractère alimentaire.....	113
La réponse est affirmative sur les deux points et la jurisprudence vient d'en faire l'application.	
CONCLUSION : Les trois créances se rattachent à un même système.	
L'évolution, non terminée en ce sens, se poursuit et vient renforcer celle dégagée au chapitre III.....	116
CHAPITRE V. — Conséquences pratiques. Appréciations. Règles actuelles.....	119
Section I. — Conséquences pratiques à l'égard du créancier, de l'acquéreur, du notaire.....	120
§ 1. — Conséquences à l'égard du créancier.....	120
§ 2. — Conséquences à l'égard de l'acquéreur.....	122
§ 3. — Conséquences à l'égard du notaire.....	125
Section II. — Appréciations.....	130
§ 1. — Les conséquences sont inadmissibles.....	130
Elles paralysent les transactions au moment où il serait le plus nécessaire de les faciliter.	

§ 2. — Les conséquences sont immorales.....	132
La famille désunie est mieux protégée que la famille unie. C'est une prime à la séparation de corps et au divorce.	
Section III. — Remèdes actuels.....	135
§ 1. — Situation du créancier et de l'acquéreur.....	135
Impossibilité de valider directement les conventions frappées de nullité d'ordre public. Les moyens qui s'of- frent pour en atténuer les effets. Leur fragilité, leur insuffisance.	
§ 2. — Situation du notaire.....	145
Nécessité de modifier les formules employées dans les actes.	
CONCLUSION.....	149
Nécessité d'une réforme législative. Les différentes voies dans lesquelles on peut agir. Les réformes proposées. Réforme d'attente : modification de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. Réforme véritable : la suppression de l'hypothèque légale de la femme mariée.	
BIBLIOGRAPHIE.....	163

